



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO E AUTOCONTENÇÃO NAS CORTES
BRASILEIRA E PORTUGUESA**

**Helda Lima Meireles
Professor Orientador Dr. José Luís Bonifácio Ramos**

**Lisboa
2020**

HELDA LIMA MEIRELES

**ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO E AUTOCONTENÇÃO NAS CORTES
BRASILEIRA E PORTUGUESA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos.

AGRADECIMENTO

Quero agradecer a todo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, notadamente meu orientador, José Luís Bonifácio Ramos, que, com seu espírito investigativo e questionador, despertou-me para o tema ora apresentado neste trabalho.

E mais do que tudo agradeço a Deus, que me encaminhou e abriu as portas para que este meu sonho antigo se realizasse.

Ainda, irmano-me a todos aqueles que, direta ou indiretamente, me deram forças para encarar este novo desafio.

Meu muito obrigada.

RESUMO

Esta pesquisa pretende abordar o tema do ativismo judicial, seu contexto, distinções quanto à judicialização e formulação de métodos para a sua contenção, em uma perspectiva comparada entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Igualmente, tratou-se de um dos campos processuais em que o ativismo, por vezes, se faz presente, a seara probatória. Diante do surgimento do movimento neoconstitucionalista, que amplia o debate pela proposta de ponderação dos valores democráticos em jogo, promoveu-se a análise de possíveis exemplos de ocorrência do ativismo nas Cortes dos Países em comparação, para, em seguida, tratar do fenômeno sob o enfoque da matéria probatória no direito processual civil, tanto no momento da aquisição e instauração do litígio, discutindo-se o poder instrutório do Juiz, assim como a repartição dinâmica do ônus da prova, no curso da lide e, por fim, no sistema de sua valoração. O ativismo pode servir como instrumento de promoção de Justiça, sintonizando-se, dessa forma, com a própria ideia de Estado de Direito, porém faz-se imprescindível a delimitação de seus efeitos a fim de se proteger igualmente a segurança jurídica.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Judicialização; Autocontenção; Direito probatório.

ABSTRACT

This research intends to approach the theme of judicial activism, its context, distinctions regarding judicialization, and the formulation of methods for its containment, in a comparative perspective between the Brazilian and Portuguese legal systems. Equally, it was one of the procedural fields in which activism is sometimes present, the evidence field. In view of the emergence of the neoconstitutionalist movement, which broadens the debate by proposing the weighting of democratic values at stake, the analysis of possible examples of the occurrence of activism was promoted in the Courts of Countries in comparison, to then deal with the phenomenon under the focus of the evidential matter in civil procedural law, both at the time of the acquisition and initiation of the dispute, discussing the judge's instructive power, as well as the dynamic distribution of the burden of proof, in the course of the dispute and, finally, in the system of its valuation. Activism can serve as an instrument to promote justice, thus being in tune with the very idea of the rule of law, however, it is essential to delimit its effects in order to protect legal certainty as well.

Keywords: Judicial activism; Judicialization; Self-containment; Evidence law.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo no Recurso Especial
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPCpt	Código de Processo Civil português
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DEM	Partido Democratas
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
HC	Habeas Corpus
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MC-ADPF	Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
MI	Mandado de Injunção
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RITJERJ	Regimento Interno no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	8
2. NOÇÕES E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL	11
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SEPARAÇÃO DE PODERES	20
3.1. O princípio estruturante da separação de poderes	20
3.2. Novo modelo de separação de poderes e jurisdição constitucional.....	22
4. ATIVISMO X JUDICIALIZAÇÃO X AUTOCONTENÇÃO	30
4.1. Modelos de aplicação do direito durante o absolutismo, o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo: A aposta contemporânea nos Princípios e nos critérios de ponderação de interesses.....	30
4.2. Distinções conceituais dos preceitos abordados	52
4.3. Possíveis exemplos da ocorrência do ativismo nas Cortes brasileira e portuguesa.....	62
4.4. Instrumentos apontados pela doutrina brasileira como métodos de controle do ativismo judicial	86
4.4.1. <i>Diálogo institucional</i>	86
4.4.2. <i>A nova Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro</i>	88
4.4.3. <i>Inovações do Código de Processo Civil de 2015</i>	91
5. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE ATIVISMO NA SEARA PROBATÓRIA, DIANTE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO	104
5.1. Aquisição processual	104
5.1.1. <i>Extensão dos poderes inquisitórios do Juiz no Brasil</i>	104
5.1.2. <i>O artigo 411 do CPC Português</i>	112
5.2. Repartição dinâmica do ônus da prova.....	115
5.2.1. <i>Brasil – antes e depois do CPC de 2015</i>	115
5.2.2. <i>Portugal – discussão quanto à repartição dinâmica do ônus probatório</i>	121

5.1.3. <i>Valoração da prova</i>	127
5.1.3.1. O artigo 371 do CPC brasileiro e o princípio da persuasão racional da prova	127
5.1.3.2. O sistema misto lusitano (artigo 607, n. 5 do CPC).....	132
6. CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	145

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A escolha do tema objeto desta dissertação na área específica do direito civil se deve ao desabrochar desse ramo de direito, objetivando englobar as diretrizes do direito público, notadamente do direito constitucional, consubstanciado em princípios que norteiam a preocupação dos últimos anos, notadamente no que tange à dignidade da pessoa humana.

Este deslocamento ou intersecção entre direito público e privado se traduz em cartas políticas ou tratados internacionais, incorporando valores constitucionais dentro da própria legislação infraconstitucional.

Inicialmente seriam os códigos que refletiam o pensamento da elite europeia, com o escopo de ser um princípio normativo que regulava as relações patrimoniais.

Surge, *a posteriori*, a Constituição na esteira de regular as relações do Estado com os indivíduos, não só no campo patrimonial, mas também no que tange aos valores não patrimoniais, relativos à pessoa humana.

O Direito, como sabido, é mutante e permite a abordagem dos temas em diversas esferas. Não existe como distinguir-se uma matéria de início sem a sua abordagem sistêmica, uma vez que as diversas áreas não estão circunscritas dentro de uma esfera limitante. Assim, o próprio Direito Civil expande os horizontes na promoção dos valores constitucionais, em uma releitura necessária, contemporaneamente.¹

Assim, a finalidade do presente estudo é analisar o papel do Poder Judiciário diante das democracias contemporâneas, com foco nas cortes constitucionais

¹ Como bem pontua Gustavo Tepedino sobre essa interseção entre o Direito Civil e o Constitucional, perspectiva reconhecida neste trabalho: “A dignidade humana, alçada a fundamento da República no art. 1º, III, da Constituição, assume particular relevo deste processo como vetor interpretativo-integrativo de todo o ordenamento jurídico. Nesta direção, atribui-se cada vez mais aos princípios o papel de reunificação do direito civil a partir da releitura de tradicionais institutos à luz da tábua axiológica constitucional, atribuindo-se ao magistrado a missão de delimitar categorias e conceitos jurídicos indeterminados de modo a assegurar eficácia jurídica às cláusulas gerais positivadas pelo legislador. O direito civil como espaço de liberdade patrimonial garantido ao proprietário e ao contratante expande-se na promoção da liberdade substancial e da autonomia existencial na legalidade constitucional. O modelo teórico, racional e abstrato, desvinculado da práxis, cede lugar ao pensamento tópico-sistemático, atento à realidade social, com características fenomenológicas diversas da ciência jurídica anteriormente concebida em sua neutralidade conceitual” (TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. **Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica**, v. 24, n. 1, p. 22-52, jan./abr. 2019, p. 29).

brasileira e portuguesa, principalmente no que tange ao panorama atual do Judiciário no Brasil e sua relação com os demais poderes, pois percebe-se, em alguns casos, um gigantismo exacerbado de suas funções, extrapolando sua área específica e infiltrando-se nas demais esferas, exercendo papéis outrora destinados ao Legislativo ou ao Executivo.

O atual cenário jurídico denota o destaque e relevância do tema, uma vez que, com o surgimento das constituições dirigentes – conforme ensina José Gomes Canotilho – na segunda metade do século XX, veio a lume o compromisso mais enfático na defesa dos direitos sociais fundamentais.

A problemática que se pretende investigar é até que ponto a judicialização leva ao ativismo judicial em constituição de amplo espectro, como a portuguesa e a brasileira, e quais os benefícios e malefícios daí advindos. Ademais, caso se confirme a última assertiva, quais seriam os métodos mais adequados de controle para a autocontenção desse ativismo.

Para tanto, parte-se de uma contextualização histórica do ativismo judicial e suas origens a partir de casos notórios da Suprema Corte Americana.

A inevitável e permanente discussão quanto à tensão político-jurídico democrática e a problemática de sua abordagem renova-se constantemente, acarretando a necessidade de investigar as razões da existência, limites e atuação dos Poderes, bem como a relação entre eles. O novo modelo de separação dos referidos Poderes e a judicialização da política foi objeto de análise no sentido de melhor definir os termos *ativismo*, *judicialização* e *autocontenção*.

É preciso investigar se a jurisdição constitucional pode ser negada a partir do princípio da separação de poderes ou, por outro lado, se a judicialização constituiria fator natural, insuscetível de exclusão *a priori*.

Em caso de omissões inconstitucionais no poder de legislar, necessária se faz a concretização da prestação jurisdicional efetiva, não sendo possível o Judiciário ficar inerte ou simplesmente deixar de apreciar a lide que lhe foi apresentada, ainda que exercendo papel contramajoritário na defesa dos princípios basilares axiológicos previstos na Constituição da República, uma vez que os problemas recorrentes da sociedade reclamam por soluções.

Dentro desse enfoque, surge o movimento neoconstitucionalista que amplia o debate, quanto ao ativismo judicial, pois seus enunciados principiológicos, com a

consequente valorização dos direitos fundamentais, e a proposta de ponderação dos valores democráticos em jogo podem vir a ensejar indefinições e voluntarismos.

A fim de melhor elucidar a temática *sub examine* foram citados possíveis exemplos de ocorrência do ativismo nas Cortes brasileira e portuguesa.

Por outro lado, necessário analisar se os mecanismos que acomodam as funções institucionais proporcionam diálogos e até funcionam como contenções em determinadas hipóteses, sob pena de atingirmos, de fato, ativismos excessivos, com aspectos negativos para o sistema democrático em geral.

Ainda no que concerne ao contexto brasileiro, investigou-se a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Lei n. 13.655 de 2018, para adentrar, *a posteriori*, nas inovações trazidas pelo advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, em que é possível pontuar tentativas de padronizações decisórias vinculantes como forma de promover a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência da prestação jurisdicional.

É certo, entretanto, que o Juiz, diante do caso concreto, no seu papel de intérprete, necessita efetivar técnicas de distinção (*distinguish*), no sentido de melhor aplicação da Lei e na persecução de Justiça.

Corolário indispensável à abordagem do tema do ativismo judicial é a análise sob o enfoque da matéria probatória no direito processual civil, tanto no momento da aquisição e instauração do litígio, discutindo-se o poder instrutório do Juiz, assim como da repartição dinâmica do ônus da prova, no curso da lide.

Sob esse prisma, a discussão quanto ao sistema de valoração da prova e a distinção entre os princípios atinentes ao direito brasileiro e português merecem destaque especial.

Por conseguinte, a partir das experiências brasileira e lusitana, pretende-se enunciar propostas que minimizem a tensão entre os Poderes para a efetiva proteção dos direitos fundamentais constitucionais de forma substancial, o que não autoriza, no entanto, a mutação da referida função primordial do Poder Judiciário em esferas de atuação preponderante dos demais poderes.

Este é o desafio atual do mundo jurídico, não devendo a justiça ser interpretada de forma hitchcockiana, em que só se sabe quem tem razão no final.

2. NOÇÕES E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL

O termo *ativismo judicial* surgiu nos Estados Unidos e é atribuído ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., que publicou artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, na Revista *Fortune*, em janeiro de 1947². A discussão sobre o excesso de poder das cortes em declarar a inconstitucionalidade das leis é “a obsessão central da teoria constitucional” norte-americana³.

Afirmava-se que “quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões”⁴.

Conforme estudo de Carlos Alexandre de Azevedo Campos,

Os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno da atuação de juízes e cortes no sistema político em que estão inseridos e do qual fazem parte; em especial, sobre o papel que uma corte suprema pode cumprir nesse sistema. Na realidade, a discussão sobre os limites e possibilidades de atuação da Suprema Corte norte-americana antecede em muito à própria criação do termo *ativismo judicial* para confundir-se com a história do constitucionalismo estadunidense.⁵

Schlesinger avaliou a Suprema Corte de 1947, formada quase inteiramente por juízes nomeados pelo então Presidente Roosevelt. Verificou-se que, dentre seus membros, havia juízes com postura mais ativista, visando à defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres (defensores do bem-estar social); outros, por sua vez, ativistas com ênfase nos direitos de liberdade, enquanto os demais eram defensores da autorrestrrição ou autocontenção, representando o equilíbrio de forças (*balance of powers*).

A expressão *ativismo judicial* surgiu em oposição à denominada *autorrestrrição judicial*. Para Carlos Alexandre, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela sua própria, pois acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos

² SCHLESINGER JR., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. **Fortune**, v. 35, n. 1, p. 1-18, Jan. 1947.

³ FRIEDMAN, Barry. *The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part. V, **Yale Law Journal**, v. 112, n. 2, p. 153-259, 2002, p. 155.

⁴ *Ibid.*, p. 63.

⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 60, p. 59-117, abr./jun. 2016, p. 61.

indefesos, mesmo que, para tanto, se aproximem da correção judicial dos erros do legislador⁶.

Por outro lado, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” têm uma visão diferente: a Suprema Corte não deve interferir no campo da política, mas agir com “deferência à vontade do legislador”⁷.

Na realidade, o ativismo judicial nos remete a antigas disputas acerca dos limites de atuação da Suprema Corte norte-americana quando da realização do controle de constitucionalidade das leis, época em que o termo *ativismo* sequer era mencionado, conforme reconhece Schlesinger.

Notórias decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas, como se nota desde os primórdios da prática da *judicial review*, podendo-se citar como exemplo: *Marbury vs Madison* (em 1803), *Dred Scott vs Sandford* (em 1857) e *Lochner vs New York* (1905).

O emblemático caso *Marbury vs Madison* caracteriza-se como um marco histórico, constituindo o cerne da discussão constitucional sobre o controle judicial das normas (tese da nulidade das normas inconstitucionais).

Refere-se o caso ao *writ of mandamus* interposto por William Marbury em face do Secretário de Estado James Madison, a fim de que este lhe outorgasse os poderes de juiz de paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente John Adams, nos últimos dias de mandato, utilizando-se da seção 13 do *Judiciary Act* de 1789.

Sem adentrar no mérito propriamente dito, a Corte considerou que sua jurisdição tem caráter constitucional, devendo o Congresso obedecer aos limites estabelecidos pela Constituição, e, portanto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei federal incompatível⁸.

Com efeito, com a inconstitucionalidade do §13 do *Judiciary Act of 1789*, inexistiria a possibilidade de julgamento meritório do mandado de segurança impetrado por *Marbury*, uma vez que restaria impossível a ampliação da

⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 60, p. 59-117, abr./jun. 2016, p. 63.

⁷ *Ibid.*, p. 63-64.

⁸ Para uma análise mais completa do caso *Marbury v. Madison*, vide Carlos Alexandre de Campos Azevedo (*ibid.*, p. 69-72).

competência originária da Suprema Corte por meio da legislação ordinária congressional.

Nesse sentido, Campos expõe a importância do referido julgamento para os estudos sobre o ativismo judicial:

Marbury oferece lições imprescindíveis para os propósitos do estudo sobre o ativismo judicial: (i) que a judicial review já surgiu concretamente ativista e o ativismo judicial concretamente multidimensional, com mais de uma face ativista – falta de deferência da Suprema Corte ao Congresso Nacional e autoafirmação de um espetacular poder decisório sem previsão constitucional clara – e, ao mesmo tempo, diferentes faces de autorrestrição judicial – negação do poder pela Corte para controlar originariamente atos de altas autoridades do governo e capitulação frente aos interesses do Presidente da república; (ii) e que o ativismo judicial pode ser o resultado de estratégias ambivalentes de preservação institucional e simultâneo avanço de poder político-normativo. Assim foi Marbury.⁹

Em outra análise do controle de constitucionalidade de leis, *Dread Scott vs Standford* igualmente possui grande importância para o tema do ativismo judicial.

Dread Scott, como escravo do major do exército John Emerson, acompanhava-o para diferentes postos militares. Em consequência, residiu em estados em que existia a proibição da escravatura como decorrência de lei federal, como exemplo, território de Wisconsin. Após a morte do Major, Scott buscou a sua liberdade, considerando ter residido em tais estados, porém a viúva de Emerson se recusou a concedê-la.

No ano de 1857, a Suprema Corte decidiu que Scott sequer teria possibilidade de discutir a questão perante o judiciário, uma vez que, como escravo e negro, seria uma “classe de seres humanos subordinada e inferior [...]”¹⁰.

A Corte tomou parte, assim, de debate extremamente controverso, a escravatura, em posição que acabara por afastar do Congresso sua necessária discussão.

Como se vê, a atuação jurisdicional da Suprema Corte nem sempre foi progressista. A Era *Lochner* foi marcada pela ideologia do *laissez faire*, estabelecendo um período de jurisprudência conservadora.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 60, p. 59-117, abr./jun. 2016, p. 72.

¹⁰ 60 U.S. 393, p. 403-405, 1856.

A Corte declarou a inconstitucionalidade de várias leis, tanto em nível federal quanto estadual, que possuíam caráter social e regulatório do Estado na economia, em desfavor das minorias e das classes menos favorecidas.

No caso *Lochner vs New York* estava em jogo decidir se uma lei do Estado de Nova Iorque, que criminalizou a exigência ou a permissão da jornada de trabalho de padeiros que excedesse a sessenta horas semanais ou à média de dez horas diárias, com o propósito de proteger a saúde e o bem-estar dessa classe de trabalhadores e da população em geral, teria representado um exercício regular do poder de polícia do Estado e, portanto, interferência legislativa necessária e apropriada sobre a liberdade individual dos contratantes.

Com efeito, nas palavras de Barroso:

[...] a decisão proferida em *Lochner v. New York* (1905) deu início ao período conhecido como era *Lochner*, no qual a Suprema Corte considerava inconstitucionais, por violarem a liberdade de contratar, normas que interferissem nas relações de trabalho, estabelecendo direitos sociais [...].¹¹

Observa-se que o ponto crucial era definir se, efetivamente, o legislador estadual poderia ou não interferir nas relações contratuais de trabalho, o que era negado pela Suprema Corte Americana.

O ativismo judicial da Era *Lochner*, como dito anteriormente, marcou uma era conservadora, majoritariamente favorável aos interesses da elite econômica dominante, desprezando-se as decisões advindas dos demais poderes, principalmente no tocante às políticas públicas formuladas pelo Governo.

Alguns anos depois, Franklin Delano Roosevelt entrou em embate com a Suprema Corte dos Estados Unidos, fato que marcou a história política e constitucional daquele país.

Roosevelt lançou um amplo programa de intervenção econômica e social, conhecido como *New Deal*, considerando a grave crise econômica iniciada em 1929, decorrente da “Grande Depressão”, cujo principal objetivo foi aplacar o caos vigente na economia norte-americana e proteger as classes sociais desfavorecidas.

Apesar da ampla mobilização política e do largo apoio popular em torno do programa, a Suprema Corte, em maio de 1935, negou validade a três dessas

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 48.

importantes medidas. Os princípios defendidos eram os mesmos que haviam sido consolidados no caso *Lochner*, julgado em 1905 e anteriormente retratado.

Entendia a Suprema Corte que o Congresso havia delegado, inconstitucionalmente, poderes ao presidente para intervir na economia. Esses Juízes conservadores defendiam que nem mesmo circunstâncias extraordinárias justificariam tal ingerência nos negócios particulares.

Sob os mesmos fundamentos, a Suprema Corte anulou outras leis do *New Deal*, mas a situação de impopularidade foi de tal monta que gerou grave conflito institucional com os demais poderes.

O então Presidente formulou o que se denominou de *Court-Packing Plan* e propôs ao Congresso, em 05 de fevereiro de 1937, lei estabelecendo a nomeação de um juiz adicional para cada membro da Corte que superasse a idade de 70 anos. Como a Corte era, à época, a mais velha da história (*an Old Court*), isso lhe daria a possibilidade de nomear até seis juízes de uma só vez.

Embora o plano não tenha se realizado dessa maneira, a pressão política alcançou a vitória no final, quando a Suprema Corte superou suas decisões anteriores contra o *New Deal*.

Com efeito, à época, considerando a mudança de orientação do Juiz Owen Roberts – que ficou conhecida como *the switch in time that saved nine* –, a nova maioria a favor do *New Deal* abandonou a doutrina de *laissez faire* e negou o caráter absoluto da liberdade contratual, reconhecendo que esse direito deveria sujeitar-se à regulação razoável pelo Estado.

Neste momento histórico, a Corte se afastou do conservadorismo e passou a ser deferente às medidas de reforma política e social do *New Deal*, assegurando, assim, as transformações constitucionais pretendidas pela coalizão política liderada por Roosevelt.

A partir de então, a corte recém-formada por Roosevelt, que era essencialmente a retratada por Schlesinger em 1947, começou a se posicionar favoravelmente à intervenção do governo na economia.

Assim, os direitos sociais foram enfaticamente reconhecidos na corte presidida pelo *Chief of Justice* Earl Warren.

Como bem pontua Luís Roberto Barroso quanto à Era Warren, entre 1954 e 1969:

Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – **até porque pode ser progressista ou conservadora** – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.¹²

Durante a Presidência de Earl Warren, no caso *Brown vs Board of education* foi invocada a 14ª Emenda com o objetivo de julgar a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas (*separe but equal*).

De outra feita, a mesma Emenda foi levantada pela Corte Suprema para tornar inválida uma Lei que diferenciava filhos ilegítimos órfãos no que tange a prestações sociais, no caso *Baker vs Carr*.

O caso mais célebre da Corte Americana é *Griswold vs Connecticut* (381 US.479, 1965), que trata da proteção fundamental à privacidade, no qual a Suprema Corte invalidou uma lei que estabelecia os métodos contraceptivos que deveriam ser utilizados pelos casais.

Mais tarde, igualmente com a finalidade de demonstrar a permeabilidade de ideologias interpretativas, Carlos Blanco de Moraes nota que o Tribunal, liderado por Earl Burger (1969 – 1986), validou ações afirmativas no que tange às cotas raciais universitárias para negros (*University of California vs Bakke*).¹³ Também durante esse período foi admitido o direito ao aborto por vontade da mulher (*Roe vs Wade*), bem como declarou-se inconstitucionais as leis que proibiam contraceptivos (*Carey vs pop service*).

No ano de 2005, o Chefe de Justiça dos Estados Unidos, John Roberts Jr. (nomeado por George W. Bush), concedeu ares mais liberais à Corte, decidindo pela

¹² BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47-48, grifos nossos.

¹³ BLANCO DE MORAIS, Carlos. As “ideologias da interpretação” e o ativismo judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democráticos e da separação de poderes. In: MARGRAF, Alencar Frederico; LAZARI, Rafael de. **Hermenêutica Constitucional**: desafios para uma interpretação efetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 113.

constitucionalidade do *Obamacare*, ou *Affordable Care Act*, ou lei de proteção e cuidado ao paciente, promulgada em 23 de março de 2010, no sentido de promover uma mudança essencial no sistema de saúde americano, ampliando o acesso dos cidadãos dos Estados Unidos à cobertura de saúde (destaque-se, entretanto, que esse sistema foi objeto de ratificação pelo atual presidente Donald Trump, apesar de sua resistência ao programa de Governo do anterior Presidente).

Também houve decisões progressistas quanto ao casamento entre homossexuais e à liberdade religiosa, fatores esses que mereceram a atenção da Corte, o que gerou bastante discussão política quanto à possibilidade de juízes sofrerem *impeachment* por desconsiderarem a opinião de eleitores.

Observe-se, após tal narrativa histórica, que nunca existiu uma corrente uníssona sobre o termo *ativismo judicial*, pois, como bem pontua António Ascensão Ramos, “Nunca existiu uma definição única e aceite de ‘ativismo judicial’, tendo a expressão sempre incorporado uma variedade de significados. Nessa medida, alguns autores têm sugerido que atualmente «ativismo judicial» é um conceito praticamente vazio”¹⁴.

Citando Luiz Flávio Gomes, Ramos confere importante lição sobre tal significação do ativismo, nos seguintes termos:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, mas, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.¹⁵

A conotação negativa que atualmente se confere ao ativismo confunde-se com uma usurpação pelo Poder Judiciário das funções dos Poderes Legislativo e Executivo.

Não obstante, conforme se detalhará em capítulo específico mais adiante, não há que se confundir ativismo com judicialização.

¹⁴ RAMOS, António José da Ascensão. *Ativismo Judicial. Verbo Jurídico*. Lisboa: Instituto Nacional da Propriedade Intelectual, nov. 2012. (Compilações Doutrinárias). Disponível em: https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

¹⁵ *Ibid.*

Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, retrata a expressão *judicialização da vida* como algo natural, advinda da abertura do constitucionalismo moderno ou contemporâneo mundial à amplitude de direitos sociais, humanos e fundamentais.

A expressão retratada pelo autor remete-nos a questões de larga repercussão política ou social que são submetidas a órgãos do Poder Judiciário, e não mais às tradicionais instâncias políticas como outrora: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Verifica-se uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A judicialização, nesse cenário, é algo inevitável e salutar para países em que o regime democrático impera e, nesse sentido, é inerente à própria interpretação constitucional moderna, pois a jurisdição constitucional não é uma opção, ao revés, está em conformidade com o desenho institucional então em vigor, no ordenamento português e brasileiro.

Já o ativismo, como conceitua Elival da Silva Ramos, se relaciona a uma disfunção atípica do Poder Judiciário. Afirma o autor:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.¹⁶

Já Blanco de Moraes, fazendo menção a Klaus Stern, em sua obra *Derecho del estado de la República Federal de Alemania*, enfatiza:

Permitir ao Juiz transformar, radicalmente, norma à luz do facto, através de uma tópica convocada à margem de questões dilemáticas que sejam inultrapassáveis pelo raciocínio dogmático, e inverter o sentido objetivo do direito decidido à luz de suas pré-compreensões, equivalerá ao esvaziamento da normatividade da Constituição,

¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

habilitando-se os Tribunais a tomar “decisões que não foram decididas”¹⁷.

¹⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos. As “ideologias da interpretação” e o ativismo judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democráticos e da separação de poderes. *In*: MARGRAF, Alencar Frederico; LAZARI, Rafael de. **Hermenêutica Constitucional**: desafios para uma interpretação efetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 111.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SEPARAÇÃO DE PODERES

O presente capítulo tem por objetivo formular o princípio estruturante da separação dos poderes e suas perspectivas contemporâneas, uma vez que se trata de um dos pilares de estudo para o desenvolvimento do tema *ativismo* em comparação com a judicialização da política, na perspectiva de Estados que compartilham de um modelo democrático.

3.1. O princípio estruturante da separação de poderes

Ao discorrer sobre a estrutura do Estado, pautada primordialmente no Princípio da Separação dos Poderes, não há como não nos referirmos a Montesquieu, que em seu *Espírito das Leis*, alinhou limites para a atuação estatal, cujas funções seriam exercidas por diferentes órgãos. A obra foi inspirada nas ideias de John Locke, expostas em *Dois Tratados sobre o Governo*¹⁸.

Quando da elaboração de sua teoria, o Poder Judiciário não passava de um mero executor de leis, um poder quase nulo. O julgamento teria a função de punir criminosos e resolver desavenças entre os particulares, mas sem grande importância.¹⁹

As lições de Montesquieu repercutiram de tal modo, que constituem um dos pilares dos Direitos do Homem e do Cidadão, em cujo seu artigo 16 estabelece: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”²⁰.

As ideias do ícone iluminista tiveram enorme repercussão em 1787, na Convenção da Filadélfia e, conseqüentemente, na confecção da Constituição dos Estados Unidos, que tinha um dos principais objetivos pautados no equilíbrio entre os três poderes, evitando, dessa forma, abuso por parte de alguns deles. Por conseguinte, a separação dos poderes não apenas serviu como ponto de equilíbrio

¹⁸ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional:** limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 41.

¹⁹ MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 203.

²⁰ FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Paris, 1789. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 15 set. 2019.

na distribuição dos poderes estatais, tendo garantido, por outro lado, a estabilidade do governo.

Por sua vez, a Constituição Brasileira herdou da estadunidense sua organização política quanto à forma federativa de Estado, a forma de governo republicana, bem como o presidencialismo.²¹

Uma das metodologias importantes no ideário de separação de poderes é a distribuição do Poder por meio de partilha de competências.

Na realidade, a separação das funções de cada um dos poderes se refere à correlação de forças, impondo obrigações negativas aos entes. Diz-se que não pode um Poder ingressar na esfera de atribuições do outro Poder.

No Brasil, o Princípio da Separação dos poderes constitui um dos cerne da República, advindo do modelo federalista, escolhido como orientador das ações do Estado. Aliás, conforme destaca Alexandre de Aragão, a Teoria de Montesquieu nunca foi aplicada de forma integral, além de ter dado margem a interpretações radicais, que nem sequer o próprio autor ventilou²².

A clássica lição do renomado francês desaguou no tão aclamado princípio da separação dos poderes, que constitui um dos pilares da república brasileira.

Como assinala Bulos:

[...] quaisquer tentativas de instaurar instâncias hegemônicas de poder padecerão do vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional dos poderes da República²³.

É necessário ressaltar, porém, que, no caso brasileiro, muito embora a Constituição de 1988 tenha consagrado tal princípio, o constituinte originário conferiu-lhe certa flexibilidade, permitindo-se o exercício de funções típicas e atípicas pelos poderes.

Outro aspecto metodológico, portanto, relacionado à separação de poderes é o estabelecimento da dinâmica de mútua vigilância entre as estruturas

²¹ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional: limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 45-46.

²² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Princípio da Legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo – Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 53, p. 37-60, 2000, p. 38.

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 419.

governamentais. Ao fixar funções típicas e atípicas, os Poderes desempenham suas atividades não de forma estanque, desvigiada, mas sempre sob o olhar da prevenção pelo outro Poder para inoccorrência do uso indevido do Poder Político.

3.2. Novo modelo de separação de poderes e jurisdição constitucional

Conforme se enfatizou ao longo deste trabalho, constata-se que, após o advento do liberalismo, o Princípio da Legalidade teve sua preponderância exaltada como cerne do mundo político e jurídico, a fim de limitar a intervenção estatal na vida privada e garantir a máxima fruição da liberdade.

Tal liberdade dizia respeito não apenas aos direitos civis, mas também possuía como objetivo a livre iniciativa econômica, fundada no *laissez faire*, tendo como cerne a calculabilidade e a previsibilidade, que seriam garantidas pela lei.

Portanto, a segurança jurídica trazida pela estabilidade social permearia as relações sociais e econômicas para satisfazer as pretensões da burguesia de exploração do livre mercado, firmado em uma certa estabilidade social e em uma ordem jurídica que tornasse possível a plena satisfação de suas necessidades, que consistiam, basicamente, no cumprimento dos contratos e das obrigações, o que só se faria possível em uma ordem social estável²⁴.

Tendo em vista, inclusive, que o livre mercado é fruto do direito positivo, o Direito e a generalidade da lei também são garantidores da livre iniciativa. A consequência disso, à época, foi a plena subordinação do juiz ao Direito, visando a evitar decisões que não estivessem sob a égide da legislação previamente existente, para que não houvesse qualquer tipo de insegurança, fato que também seria garantido pela separação dos poderes, conforme salientado em capítulo anterior.

Atualmente, entretanto, verifica-se que essa segurança, objetivo primordial da burguesia do século XVIII, foi substituída por uma certa insegurança²⁵, advinda da efemeridade e das minudências das relações modernas, e facilmente chega-se à conclusão de que a lei não é capaz de prever todas as situações da vida cotidiana.

Ademais, desde o final da década de 60, destacou-se a primordial importância que o pluralismo da sociedade exerce sobre os poderes estatais, pois esta representa, nada mais, nada menos, que os reclamos sociais:

²⁴ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 16-17.

²⁵ *Ibid.*, p. 18.

Só que em vez da fórmula do século XIX de uma separação taxante entre pretendentes ao poder, cada um com o seu veículo de expressão numa ‘função’ do Estado, vamos encontrar um sistema bem mais complexo e subtil [...]. o pluralismo social vem assim a integrar-se num quadro alargado de separação de poderes e representa uma função positiva na organização dum estado moderno.²⁶

Muito embora constate-se que, hodiernamente, a soberania estatal ainda conserve a unicidade e indivisibilidade, a separação dos poderes não corresponde mais à doutrina clássica de Montesquieu, já que não mais possui natureza estática, não havendo mais controle dos órgãos, mas sim aplicação “do mecanismo de freios e contrapesos estabelecidos entre os órgãos do poder político”²⁷.

Karl Loewenstein, na década de 80, deu ênfase à atenuação do Princípio da Separação de poderes, no sentido de que o que antes se destacava pela rigidez – corolário do Princípio da Legalidade – deu lugar à distribuição de funções estatais a diferentes órgãos do Estado, salientando, ainda, que “o conceito de ‘poderes’, apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa”²⁸.

De fato, o princípio da separação dos poderes oferta limitações intransponíveis às competências estatais, delineadas na Constituição.

Por sua vez, Canotilho nos remete a duas dimensões em relação à separação de poderes: a negativa e a positiva, discorrendo, assim, o autor:

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como <<divisão>>, <<controle>> e <<limite>> do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de divisão de poderes; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de separação de poderes. O princípio da divisão como forma e meio de limite do poder (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura

²⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Princípio da Legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo – Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 53, p. 37-60, 2000, p. 40.

²⁷ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 43.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de, *op. cit.*, p. 39.

uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.²⁹

Congregando ambas as dimensões complementares, há de se reconhecer, de fato, que a lei não é suficiente para regular todas as situações enfrentadas por indivíduos tão multifacetados – ainda mais se considerarmos a moderna noção de Sociedade; estende-se, conseqüentemente, ao Poder Executivo e, mormente, ao Judiciário, poder este responsável pelas análises casuísticas³⁰.

No que tange ao Direito, a principal consequência foi a “progressiva construção jurisprudencial, criadora até mesmo de novos institutos jurídicos”³¹, principalmente quando se leva em consideração o fato de que a norma jurídica é fruto da interpretação, sendo seu sentido revelado pela realidade histórica e social, no contexto em que se encontra inserido o intérprete.

Certamente, podemos concluir que o Direito não é algo que permaneça imutável ao longo dos anos; a lei, todavia, não tem esta inalterabilidade exacerbada, além de ser necessário um sujeito para que possa conhecê-la e aplicá-la (por exemplo, o Juiz).

Devido a esse fenômeno, que se manifesta enfaticamente durante a formação do Estado de Direito, constata-se a elevação do Poder Judiciário à categoria de terceiro poder.

No que pertine ao Poder Executivo, o ordenamento deu margem à discricionariedade, atenuando o Princípio da Legalidade, “concedendo poderes normativos à Administração Pública a fim de que ela própria – não o poder legislativo – estabelecesse normas gerais e abstratas, ou seja, criasse Direito positivo”³².

Inclusive, como salienta Aragão:

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 250.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 218.

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 10, n. 41, p. 284-310, out./dez. 2002, p. 44.

³² *Ibid.*, loc. cit.

Se este fenômeno já havia se imposto no início do Estado liberal, essencialmente absenteísta, teve e tem a sua importância e âmbito multiplicados com o advento do Estado social, gestor de inúmeras atividades econômicas ou, mais recentemente, delas preponderantemente regulador.³³

Assim, o Princípio da Legalidade, que antes era absoluto, conforme expressão cunhada por Eros Grau, passou por um processo de “involução”, já que não há preponderância da rigidez.

Tanto que Bruce Ackerman apresenta nova formulação do princípio da separação dos poderes, a fim de considerar três importantes vetores: democracia; profissionalismo ou especialização; e a necessidade de proteção e promoção dos direitos fundamentais, alertando-nos para o excesso de poder nas mãos do presidente da República em um sistema presidencialista.³⁴

Segundo Ackerman, o modelo tradicional de separação dos poderes causou a acirrada disputa entre os poderes executivo e legislativo, gerando como consequência a politização. Propõe, então, a existência de um parlamentarismo contido, inspirado no pós-guerra, com elementos de controle que incluiriam a soberania parlamentar e a concentração de poderes nos órgãos do legislativo, efetivando-se um ponto de equilíbrio entre o executivo e o legislativo, além de ressaltar a existência de uma Corte Suprema, responsável por proteger direitos fundamentais, como cerne do modelo deste parlamentarismo.

Nesta perspectiva, em mitigação à legalidade estrita, Ackerman, por fim, nos apresenta a proposta de criação de um quarto poder na Administração Pública, denominado *fourth branch*, como um quarto componente na estrutura do Estado.

Esse quarto poder seria composto por pessoas altamente especializadas em determinada área técnica, tendo em vista que a Administração Pública se caracteriza pela existência de funções demasiadamente corriqueiras, as quais não são supridas somente pelos atos expedidos pelo poder legislativo, devido à efemeridade e peculiaridades da era moderna.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 10, n. 41, p. 284-310, out./dez. 2002, p. 45.

³⁴ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 640-641, Jan. 2000. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

O *fourth branch*, portanto, funcionaria como órgão regulatório especializado em determinadas funções, sendo dotado de capacidade normativa, o que seria suficiente para manter sua independência em relação aos demais poderes, garantindo-se, além da não ingerência em suas atividades, a ausência de arbitrariedade.

Ackerman propõe: (i) a criação de um Poder responsável pelo controle da corrupção (*the integrity branch*) e (ii) a criação de um Poder Regulatório (*the regulatory branch*).³⁵

O autor salienta que a criação de um quarto poder não corresponderia à negação dos valores republicanos, mas sim a uma tentativa de a Administração se adequar às mudanças cotidianas por meio de especialização técnica.

Em relação ao Poder Judiciário, nesta moderna concepção da separação de poderes, bem observou o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Luís Roberto Barroso, que “o mundo se deu conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais”³⁶.

Kubota dá ênfase à análise histórica dos institutos que garantem a independência dos membros do poder judiciário como respaldo de sua posição distinta em relação aos demais membros do poder, conforme se depreende do trecho abaixo:

Um dos exemplos consiste no instituto da inamovibilidade, garantia conferida aos magistrados, e prevista expressamente nas Constituições brasileiras a partir da Constituição de 1934 (alínea “b” do art. 64). Atualmente está prevista no inciso II do art. 95 da Constituição brasileira de 1988. Nada pode contribuir tanto para firmar a independência do Poder Judiciário como a inamovibilidade dos juízes. Trata-se de elemento indispensável da organização do Judiciário e como a cidadela da justiça e da segurança pública. Se os tribunais devem ser considerados como baluartes da Constituição limitada contra as usurpações do legislativo, a inamovibilidade consiste no único meio eficaz de conferir aos juízes a independência necessária ao exercício da função.³⁷

³⁵ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 640-641, Jan. 2000. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** – UniCEUB, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015, p. 28.

³⁷ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional: limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 46.

Nota-se, assim, a tentativa de conferir menos rigidez ao Princípio da Separação dos poderes, havendo divisão de funções típicas e atípicas. A problemática, entretanto, se dá quando há preponderância de um poder em área que não é originariamente a sua conforme delimitação constitucional, o que gera, conseqüentemente, desequilíbrio.

Não obstante, há de se reconhecer que o exercício da jurisdição constitucional não conduz, necessariamente, à preponderância indevida e indesejada de um poder sobre o outro.

Com efeito, no Brasil, “em relação ao Poder Judiciário, a Constituição de 1988 consagrou em seu texto desejos sociais e políticos, vinculados aos ideais de igualdade material e redistribuição de renda no jargão dos direitos”³⁸, o que corroborou, conjuntamente com o movimento processual do acesso à Justiça, o fortalecimento do mesmo, com o traslado de temas políticos para dentro do Judiciário.

É dessa dicotomia, democracia e constitucionalismo que advém o debate relativo ao papel contramajoritário dos Tribunais, questão antiga que ocupou os pensadores durante a primeira metade do século XX (e, por que não dizer, até a atualidade).

Com o controle de constitucionalidade das Leis, permite-se que os Juízes, que não são eleitos democraticamente pelo povo, possam invalidar leis editadas pelos órgãos eleitos pela população.

Com efeito, os juízes e membros de tribunais, ao contrário dos membros do poder legislativo, não têm seu nome sufragado pelo povo. Destarte, quando interferem nas demais esferas de poder, exercem papel inequivocamente político – ato denominado pela doutrina de dificuldade contramajoritária. A questão, como vimos, historicamente, remonta aos Estados Unidos da América.

Há muito se discute o papel contramajoritário desempenhado pelas Cortes Constitucionais, sobretudo as norte-americanas. Constata-se que grande parte das normas constitucionais é vaga e incompleta – o que não nos causa surpresa, devido à complexidade das relações cotidianas –, dando margem a decisões das cortes.

³⁸ GARAU, Marília Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de POLÍTICAS públicas**, Uniceub, Brasília, v. 5, p. 191-206, 2015, p. 201.

Inclusive, foi nos Estados Unidos que se cunhou a expressão “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”³⁹.

Alexander Bickel buscou compreender e estudar a prática do *judicial review* e seus procedimentos, lançando, em 1962, a obra *The least dangerous branch*⁴⁰, em que assevera a possibilidade de a democracia seguir com outras instâncias decisórias, numa época em que o Poder Judiciário não apresentava a proeminência que notamos atualmente.

Logo percebe o supracitado autor que as próprias democracias em si não funcionavam com a participação efetiva dos eleitores em todos os momentos de tomada de decisões, sendo o momento das eleições efetivas o real cânone democrático. Existem, portanto, problemas na democracia que não se referem, propriamente, ao *judicial review*.

É possível, assim, a convivência entre os dois fatores, constitucionalismo e democracia, até porque os Tribunais também podem ser vistos como fatores de democratização e participação dos cidadãos. Procurando-se a prudência e neutralidade, a dificuldade contramajoritária poderia ser contornada enquanto contra-argumento.

Entretanto, não há possibilidade de ampla discussão quanto ao tema, nesta seara, uma vez que extravasaria os objetivos desse trabalho. Pondere-se, no entanto, que a relação entre jurisdição constitucional e democracia sempre envolverá debates acalorados ou, como afirma Daniel Sarmento, “uma tensão sinérgica”. Afirmo o autor:

Há sinergia, porque o exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais. [...] Da análise histórica, verifica-se que o controle de constitucionalidade e democracia, embora não se pressuponham, quase sempre florescem juntos. Mas há também uma tensão potencial entre a jurisdição constitucional e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das majorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se

³⁹ HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The “Charter” dialogue between Courts and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 77.

⁴⁰ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2nd ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven; London: Yale University Press, 1986.

antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo se autogovernar⁴¹.

Essa tensão sinérgica acima aludida pode ser apreciada pelo prisma da diferença entre “ativismo”, “judicialização” e “autocontenção”, objeto de investigação no próximo capítulo.

⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39.

4. ATIVISMO X JUDICIALIZAÇÃO X AUTOCONTENÇÃO

O presente capítulo formula as principais conceituações e diferenciações da presente pesquisa, o ativismo, a judicialização e a autocontenção, a partir do histórico de modificações de aplicação do direito, alcançando o neoconstitucionalismo. Posteriormente, são citados casos que podem ser reconhecidos como práticas ativistas, tanto no Brasil como em Portugal.

4.1. Modelos de aplicação do direito durante o absolutismo, o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo: A aposta contemporânea nos Princípios e nos critérios de ponderação de interesses

O Direito sofreu diversas modificações durante os últimos séculos. Posteriormente à dominação do período do absolutismo, que se caracterizou pelo monopólio dos poderes político e jurídico na figura do monarca, diversas revoluções se propagaram objetivando submetê-lo às determinações legais.

Como bem assevera Norberto Bobbio:

[...] constata-se que até o final do século XVIII o direito foi definido individualizando-se duas espécies de direito, o natural e o positivo. [...] na época clássica o direito natural não era considerado superior ao positivismo: de fato o direito natural era concebido como “direito comum” (*Koinós nómos* conforme designa Aristóteles) e o positivo como direito especial ou particular de uma dada *civitas*; [...]. Na Idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte; o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens. [...] Desta concepção do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.⁴²

A exacerbação do poder na antiguidade clássica encontrou no Constitucionalismo Moderno uma forma de contenção respaldada no reconhecimento dos direitos fundamentais previstos nas Cartas Magnas como forma de instrumentos de preservação da individualidade dos cidadãos.

⁴² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilado por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25-26.

Canotilho bem distingue o Constitucionalismo Moderno e o antigo, nos seguintes termos:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. [...] Numa outra acepção, – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir da metade do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçados na existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.⁴³

Nesta ordem de ideias, observa-se que, no constitucionalismo liberal, iniciado no final do século XVIII com as Revoluções Francesa e Norte-Americana, surgiram as primeiras constituições escritas, rígidas e dotadas de supremacia. Sob o paradigma do Estado Liberal em que, como narrado, a atividade hermenêutica desempenhada pelo Poder Judiciário era mecânica, resultante da literalidade dos textos legais, claros o suficiente para não ofertarem qualquer margem de criação.

Com efeito, dado o caráter revolucionário do período, notadamente a Revolução Francesa, defendia-se a certeza do direito por meio da impossibilidade de o Magistrado interpretar a Lei, uma vez que o momento histórico do século XVIII denotava a necessidade de segurança, confiabilidade no Governo e credibilidade à classe burguesa em crescimento.

Como inexistiam lacunas no Direito, competia ao Juiz ser, tão somente, a “boca da Lei”, aplicando o sistema jurídico e atendo-se de forma imediata, objetiva e linear àquilo que o legislador racionalmente ditou, sem construções ou criações efetivas⁴⁴.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51-52.

⁴⁴ Com efeito, “segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que

Uma das principais vertentes do positivismo jurídico foi a Escola da Exegese francesa, que se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código de Napoleão. Como nos informa Bobbio, em sua obra *Positivismo Jurídico*⁴⁵, ao se referir a Jean Charles Demolombe, um dos principais exegetas, a referida codificação seria uma lei viva, completa, aplicável e obrigatória.

Por sua vez, a Escola que sucedeu a exegética, a científica, embora com pouca evolução, apontava a elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade transcendesse a própria leitura do Código.

Não obstante, a capacidade criativa não tinha espaço, gerando a interrupção não apenas do desenvolvimento jurídico, mas, principalmente, da ciência jurídica.

Com efeito, a par do próprio movimento de codificação (intensificado pelo Código Napoleônico), a mentalidade dos juristas era impregnada pela ideia de autoridade, ou seja, a vontade do legislador que editou a norma jurídica conferia, de modo seguro, eficaz e completo, o que deveria ser seguido como conduta, bastando aos operadores do direito obedecer ao ditado ofertado pelo onipresente legislador.

Nessa ordem de ideias, surge a concepção de que o direito positivo é completo, sem lacunas, e deve ser observado sem discussões quanto a valores morais ou éticos. Seria o positivismo uma concepção do direito que não considera mais a noção de jusnaturalismo e direito positivo como um só, sendo este o verdadeiro direito.

Como bem nos informa Marcus Flávio Horta Caldeira:

O positivismo jurídico é um movimento que surge no final do século XIX, objetivando transformar o estudo do direito numa verdadeira ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Como a principal característica das ciências, em sua concepção tradicional, é a avaloratividade, o positivismo busca a objetividade na interpretação e aplicação do direito. [...] Nesta mesma toada, o positivismo jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser, logo, estuda o direito como fato, não como valor. [...] Essa busca pela objetividade dentro do positivismo gera a ideia de subsunção dos fatos às

poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador. [...] A subordinação dos juízes à Lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilado por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 40).

⁴⁵ *Ibid.*

normas, como se as normas pudessem prever todas as situações de vida e regulá-las, tal como ocorre nas chamadas leis da natureza.⁴⁶

Percebe-se, portanto, que o ensino jurídico deveria ater-se ao direito positivo, deixando de lado as teorias gerais do direito e eventuais concepções *jusnaturalistas*. A jurisdição era vista como *longa manus* da lei, e o juiz, como já dito, como boca da Lei (*bouche de la loi*).

Todavia, um dos maiores expoentes do positivismo jurídico, Hans Kelsen, afirmou que uma decisão judicial se configura como um ato de criação e não simples aplicação da Lei.

Assevera Hans Kelsen:

O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto àquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que se dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa [...].⁴⁷

O caráter avalorativo positivista, sem dúvidas, é um dos mais criticáveis ideais do chamado positivismo clássico.

Hans Kelsen já havia percebido que as normas não são completas, gerando alguns vícios do sistema juspositivista, tanto que quando um órgão judicial aplica o direito, estaria fixando o sentido das normas⁴⁸.

O autor é considerado positivista normativista. A atitude do jurista consiste em partir da norma jurídica dada e chegar à própria norma jurídica apresentada, abandonando-se os valores. Aquele que aplica o direito não pode exercer uma interpretação autêntica, de forma criativa, num universo possível de vários sentidos,

⁴⁶ CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. A insuficiência do positivismo, os entimemas jurídicos e a incerteza do pós-positivismo. In: LUÍS, Ciarlini, Álvaro (org.). **Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania**. v. 1. Brasília: IDP, 2012, p. 40-41.

⁴⁷ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 251.

⁴⁸ *Id.* **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 387-395.

pois pode advir de sua interpretação qualquer atribuição de valor em sentido íntimo e particular.

Nesse sentido, a ciência jurídica seria a interpretação cognoscitiva do sentido das normas. Assim sendo, após a aplicação realizada pelo órgão competente, apenas uma interpretação se torna direito positivo e essa será a interpretação autêntica, criadora do direito.

A ampliação de sentidos, as várias possibilidades interpretativas, ainda que limitadas a um “quadro ou moldura a preencher” (Kelsen cria a ideia de um quadro que limita a interpretação dentro de uma espécie de moldura), afasta a possibilidade de solução única, correta, gerando uma insegurança jurídica.

Inclusive, nas palavras do próprio Hans Kelsen:

Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. [...] Em todos esses casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou em contradição se anulassem mutuamente. O direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.⁴⁹

Nessa ordem de ideias, percebe-se a incompletude do sistema positivista, uma vez que dois aspectos essenciais do Direito são tidos como de menor importância: a eficácia social normativa e o plano da justiça, haja vista que tão somente o plano da validade é trabalhado no positivismo, averiguando-se se a autoridade de quem emanou a norma tinha poder para editá-la ou se a mesma norma estaria ou não ab-rogada por uma outra superior ou posterior.

Marcus Flávio Horta Caldeira afirma que as incongruências do positivismo são de logo notadas, tais como: “1 – o sistema normativo tem certa indeterminação; 2 – várias interpretações serão possíveis, para a mesma situação, desde que se

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 387, 390.

enquadrem dentro da chamada moldura Kelseniana; e 3 – mesmo interpretações ‘equivocadas’ poderão se tornar definitivas”⁵⁰.

Nem mesmo Kelsen, pai do positivismo, embora reconhecesse a jurisdição constitucional como um ato de legislação negativa, deixou de admitir que a interpretação do direito constitui ato de vontade, mesmo dentro do prisma de pureza e estrita observância à lei.

A chamada “pureza Kelseniana” não se encontrava no plano do Direito, mas no nível de ciência do Direito, que é uma metalinguagem.

Com efeito, não se faz mais possível ignorar que o trabalho do juiz é algo mais complexo, voltado a assegurar finalidades sociais erigidas como de responsabilidade estatal. Não obstante, o modelo hermenêutico positivista permanece contaminado em torno da neutralidade. Não é papel do julgador procurar um resultado mais justo, mas tão somente aplicar a lei.

Após o fim da Primeira Grande Guerra Mundial, com o advento do constitucionalismo social, o Estado passa por um processo de transformação estrutural, em que se constata a sua intervenção nas relações sociais, econômicas e laborais. Este é o marco do surgimento do denominado Estado Social, movimento que propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países.

No entanto, as modificações estruturais mais profundas ocorreram após os eventos da Segunda Guerra Mundial, que deram origem ao “Estado Democrático de Direito”.

Neste novo paradigma, o papel do judiciário é fortalecido pela ampliação de sua competência para invalidar atos legislativos, controlar as funções públicas, interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição e utilizar técnicas valorativas de ponderação dos direitos fundamentais, agora reconhecidos nas Cartas Constitucionais modernas.

Após as trágicas experiências advindas do Nazismo e das ditaduras, o mundo rebelou-se, priorizando tratamentos mais humanistas não apenas no que dizia respeito à convivência político-social, mas, sobretudo, à interpretação do Direito, visando ao bem-estar do indivíduo.

⁵⁰ CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. A insuficiência do positivismo, os entimemas jurídicos e a incerteza do pós-positivismo. In: LUÍS, Ciarlini, Álvaro (org.). **Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania**. v. 1. Brasília: IDP, 2012, p. 46.

A abertura epistemológica valorativa, sem dúvidas, trouxe um novo horizonte, sem, contudo, promover a simples volta ao jusnaturalismo clássico.

O gradual crescimento dos direitos fundamentais deságua na imposição de condutas limitativas tanto para o Estado, quanto para os particulares.

Certamente, como já ressaltado anteriormente, ao final da Segunda Guerra Mundial, foi redesenhado o mundo romano-germânico, e, no lugar do Estado legislativo de direito, surge um novo ideário: o constitucionalismo do pós-guerra, chamado de neoconstitucionalismo.

O modelo neoconstitucionalista traça uma interconexão entre a filosofia do direito e o direito constitucional, retomando o direito como expressão da justiça, com parâmetros de racionalidade unida a elementos axiológicos.

Em interessante comparação metodológica, Eduardo Ribeiro Moreira oferece diferenciações referentes ao tema em relação à forma como é tratado pelas teorias tradicionais do direito e pelo neoconstitucionalismo.

Em um quadro comparativo, o autor realiza os seguintes apontamentos:

- Quanto à sociedade: as teorias tradicionais do direito a tratam como homogênea, enquanto o neoconstitucionalismo a trata como plural e global.

- No que pertine à moral, as tradicionais são monistas, ou seja, não se relacionam com o direito no positivismo jurídico ou com determinados valores quando se trata do jusnaturalismo absoluto, enquanto no neoconstitucionalismo a moral é tratada como construtivista, com parâmetros de racionalidade prática e pretensão de correção, que guiará todo o discurso jurídico e romper com a ordem daquilo que parece ser a regra.

- Relativamente à política, há especial atenção à coerção exercida pelo Poder Judiciário e aos atos do poder político (Estado de Direito), enquanto no neoconstitucionalismo dá-se ênfase às emanções do poder constituinte e constituído (Estado Constitucional).

- Considerando o desenho institucional das Fontes do Direito, a lei está em primeiro plano e as demais fontes são consideradas secundárias, enquanto no neoconstitucionalismo vigora a primazia da Constituição e da jurisprudência emanada pelo Tribunal Constitucional⁵¹.

⁵¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito Constitucional Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 96.

Observa-se, assim, que nesse novo modelo pós-guerra há uma especial atenção para o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional, que deve guardar constante vigilância em torno dos Direitos Fundamentais, conferindo primazia à Constituição e aos demais princípios jurídicos.⁵²

Conclui Eduardo Ribeiro Moreira:

O neoconstitucionalismo como teoria do direito pode ser compreendido como paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria das fontes, suplantando o positivismo para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos, integrá-las sob uma base útil e transformadora⁵³.

Tais transformações acarretaram uma forte valorização do direito constitucional contemporâneo, inclusive com a superação de um modelo em que a Carta Magna seria considerada apenas um documento político, uma carta de intenções ou, quiçá, “mera folha de papel”, conforme asseverava Ferdinand Lassalle⁵⁴.

Nesse sentido, Konrad Hesse defendeu a força normativa da Constituição, revolucionando toda a dogmática então vigente⁵⁵.

A despeito do pensamento de Lassalle, no qual a Constituição era estudada como palco de meras proclamações políticas, Hesse despertou para o aspecto normativo-epicêntrico que ela detém hoje na maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais.

Assim, neste novo panorama, o Judiciário alcançou relevante papel como concretizador da cidadania e democracia.

Não obstante, as democracias ocidentais estão convencidas de que o direito é um sistema constituído de normas, o que não impede a sua interpretação. O que não se pode admitir é que tal interpretação se reduza a um simples silogismo, sem a análise das várias premissas que foram usadas para atingir o resultado concluído por aquele que conhece/interpreta/aplica a norma.

⁵² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito Constitucional Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁵³ *Ibid.*, p. 97.

⁵⁴ LASSALLE, Ferdinand. **Que é Uma Constituição?** Tradução: Walter Stönnner. Versão para e-Book eBooksBrasil.com. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

⁵⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, *passim*.

O palco para mudanças era o ideal, diante de tantas idas e vindas do positivismo jurídico (exegético, normativo, etc., afinal, diversas são as correntes de pensamentos existentes dentro deste mesmo movimento).

Barroso demonstra bem esse cenário, diante dessas séries de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, advindas de uma nova era:

(i) Histórica: Estado Constitucional de Direito; Documentos a partir da Segunda Guerra Mundial; Redemocratização.

(ii) Filosófica: Pós-positivismo ou Neoconstitucionalismo; Direitos Fundamentais; Direito-Ética.

(iii) Teórica: Força Normativa e efetividade (Konrad Hesse); Supremacia da Constituição (constitucionalização dos direitos fundamentais e temas sociais); nova dogmática da interpretação constitucional⁵⁶.

Miguel Carbonell, lembrado por Humberto Ávila, enuncia os elementos estruturais desse movimento de teorização que, na verdade, deve ser reconhecido como Neoconstitucionalismo(s), no plural, considerando as diversas concepções, elementos e perspectivas de tal aplicação:

[...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativos e Executivo); Constituição em substituição à Lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da Lei).

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 92-93.

levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação.⁵⁷

Daniel Sarmento, igualmente, nos fornece importante lição sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo:

A palavra "neoconstitucionalismo" não empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003 que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista.⁵⁸

Tanto como já citado anteriormente, não existe uma concepção única, clara e precisa de neoconstitucionalismo, mas inúmeras interpretações sobre tal movimento na atualidade, que tem, entre si, pontos comuns, justificando a possibilidade de serem agrupados sobre a mesma denominação.

Antônio Ascensão Ramos, remetendo-se a uma entrevista concedida por Canotilho à revista brasileira *Consultor Jurídico*⁵⁹, assevera que o neoconstitucionalismo capta o contexto das dimensões de direitos e a globalização, assegurando-se a maior efetividade do texto constitucional, considerando a existência de uma constituição mundial, que é a Carta dos Direitos do Homem, que confere proteção ao cidadão contra o poder do Estado, define direitos fundamentais e consagra a democracia como um regime ideal.

Embora se reconheça o avanço oferecido pelos novos ares neoconstitucionalistas, há autores, dentre eles Humberto Ávila, Lenio Luiz Streck, Ana Paula de Barcellos, que defendem que algumas premissas utilizadas pelo neoconstitucionalismo podem, na verdade, gerar decisões discricionárias e

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009, p. 2. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 19 abr. 2020.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵⁹ CHAER, Márcio; CRISTO, Alessandro. Problemas estão nas ruas, não na Constituição. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 25 out. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-out-25/fimde-entrevista-jose-joaquim-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues>. Acesso em: 12 set. 2019.

arbitrárias, sujeitas às conveniências morais dos próprios indivíduos que possuem a competência de aplicar a norma constitucional. Seriam fatores metajurídicos, que teriam influência nas decisões judiciais.

Sob o manto de dar efetividade à Constituição, supervalorizá-la e dar concretude a normas constitucionais, na verdade, o neoconstitucionalismo, segundo a crítica, acabaria por promover a sua desvalorização.

Humberto Ávila chega a asseverar que o movimento neoconstitucionalista não encontra suporte no ordenamento constitucional brasileiro. O autor afirma que a Constituição de 1988 não é principiológica, por si só, e sim regulatória, composta por poucos princípios e muitas regras na verdade, e, assim, a subsunção não cede espaço à ponderação como método exclusivo ou prevalente de aplicação. Não se faz possível ao aplicador do Direito simplesmente desconsiderar as soluções legislativas.

Sustentar a justiça particular sobre a geral, universalizada, causaria insegurança jurídica, até porque não devemos desconsiderar as escolhas legislativas predefinidas. Nesse sentido, Ávila:

As regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos. Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio constituinte, quando tratou de direitos e garantias, [...] decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminassem sem peso algum⁶⁰.

O mesmo autor posiciona-se no sentido de que no conflito entre princípios e regras não são os primeiros que devem preponderar *a priori*, ressaltando a importância de que são as regras que possuem uma decidibilidade clara e lógica, por antecipação e previsão do Poder Legislativo, dos eventuais conflitos de interesses:

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009, p. 2. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 19 abr. 2020.

Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável. Também relacionado a essa questão está o problema de saber qual norma deve prevalecer se houver conflito entre um princípio e uma regra do mesmo nível hierárquico (regra constitucional versus princípio constitucional). Normalmente, a doutrina, com base naquela já referida concepção tradicional, afirma que deve prevalecer o princípio. Assim, porém, não deve suceder⁶¹.

Conforme explica Canotilho, é uma tarefa extremamente complexa distinguir regras de princípios, existindo diversos critérios para tal distinção, concluindo o autor que

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

[...]

em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “*standarts*” que, “em primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as

⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 90.

regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)⁶².

Por sua vez, Lenio Luiz Streck assevera que a distinção entre princípio e regra deve ser considerada em outro contexto:

Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos – nem que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. Regra e princípio são textos, donde se extraem normas. [...]

É nesse contexto que deve ser compreendida a diferença entre regra e princípio (não que o princípio seja a norma da regra ou que a regra seja um “ente disperso no mundo jurídico, ainda sem sentido”). A diferença é que sempre há uma ligação hermenêutica entre regra e princípio. Não fosse assim e não se poderia afirmar que atrás de cada regra há um princípio instituidor. Esse princípio, que denominamos instituidor, na verdade, constitui o sentido da regra na situação hermenêutica gestada no Estado Democrático de Direito⁶³.

Daniel Sarmento aponta três pontos desfavoráveis ao neoconstitucionalismo:

- (a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático;
- (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e
- (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo⁶⁴.

Elival da Silva Ramos, em obra dedicada ao tema Ativismo Judicial e seus parâmetros dogmáticos, igualmente ressalta, no que tange ao neoconstitucionalismo, outros pontos a serem demarcados:

Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam). [...] Vislumbram-se no esboço propositivo neoconstitucionalista as tintas de um fluido moralismo jurídico, que “não despreza o direito posto”, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem. [...] Se há algo próprio ao neoconstitucionalismo em matéria de Teoria da Interpretação é o exagero na valorização dos princípios constitucionais. Não se trata

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161-1662.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 270.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 12 jul. 2020.

da afirmação do caráter vinculante das normas-princípio, algo que o constitucionalismo *tout court* já houvera incorporado de há muito e sim de autêntica principiologização do Direito Constitucional, que passa a desprezar regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar⁶⁵.

É mister reconhecer que, embora alvo de diversas discussões, as premissas neoconstitucionalistas imprimiram avanço da democracia e dos direitos humanos em diversos países, diante de sociedades contemporâneas bastante complexas e diferentes.

As mudanças no mundo e o avanço tecnológico exigiram uma adaptação da hermenêutica às novas realidades, e o movimento neoconstitucionalista surgiu como uma das possíveis respostas em decorrência da já mencionada segunda Grande Guerra Mundial.

A grave crise de representatividade, identidade e legitimidade, sobretudo pela expansão das atividades administrativas assumidas pelo Estado, bem como a ampliação de normas que se seguiram a fim de garantir o texto constitucional (eficácia normativa da Constituição), fez surgir um espaço para a discussão da dogmática pós-positivista com expoentes que se destacaram, dentre outros, John Rawls, Robert Alexy e Ronald Dworkin⁶⁶.

Constatou-se que considerar a Constituição como o centro do sistema jurídico acarretou a superioridade desta norma em relação às demais, com exacerbada carga valorativa axiológica, pautada em amplo catálogo de direitos fundamentais.

Sem dúvidas, a norma constitucional, com ampliação da supramencionada carga axiológica pós-guerra é, por natureza, aberta, fragmentada e repleta de conceitos jurídicos indeterminados.

A polissemia que lhe foi atribuída, denotando significados múltiplos para sua interpretação/compreensão/aplicação, teve como consequência o surgimento de dúvidas acerca das possibilidades de obtenção de conclusões corretas em situações jurídicas postas em debate.

⁶⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 281, 283.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52-54.

Não obstante a discussão, a necessidade de concretização dos valores constitucionalizados com a imposição de garantias de condições mínimas de dignidade ao indivíduo, respeitando a sua condição essencial como ser humano, tornou-se indispensável.

Ressalte-se que a atividade de interpretação constitucional deve sempre pressupor a concretização da própria norma, com pretensão de dotá-la de efetividade e legitimidade.⁶⁷

É neste contexto que ganha debate político e filosófico o embate hermenêutico no sentido de que a interpretação das normas jurídicas não pode ser deixada ao arbítrio daquele que as interpreta, e, assim, entendeu-se que tal atividade decisória deveria seguir critérios e métodos.

Ronald Dworkin acena para uma visão em contraponto ao positivismo e, igualmente, abre um vasto diálogo que gerou intenso debate com outros intelectuais do Direito, não apenas com Herbert L. Hart, mas também com John Rawls, Neil MacCormick e Jürgen Habermas.

O autor confere papel de proeminência aos tribunais, que devem estar compromissados com os direitos morais do indivíduo contra o Estado, desenvolvendo os princípios da legalidade e igualdade, assumindo a competência institucional e a sensibilidade necessárias para a solução das demandas judiciais atuais, dando especial ênfase aos chamados *hard cases*.

Quanto a esse compromisso com a teoria moral, assevera Dworkin:

O direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, inacreditavelmente, ainda está por ser estabelecida. É perfeitamente compreensível que os juristas temam a contaminação pela filosofia moral, particularmente pelos filósofos que falam sobre direitos, porque as nuances fantasmagóricas desse conceito assombram o cemitério da razão. Mas hoje dispomos de

⁶⁷ Conforme assevera Ricardo Diego Nunes Pereira: “Com isso, evita-se aquilo que Marcelo Neves chamou de constitucionalização simbólica em que aspecto negativo e positivo, quando o texto constitucional ou ‘não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada’ ou ‘a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico, servindo apenas para, nos traços da legislação simbólica, confirmar valores sociais sem fornecer eficácia normativa, demonstrar a capacidade de ação do Estado mascarando a realidade com formas ideológicas (*constitucionalização-álibi*) e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios” (PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Direito judicial criativo: para uma teoria prática do Direito. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 54, p. 193-203, out. 2014).

uma filosofia melhor do que aquelas que estão na lembrança dos juristas. O professor Rawls, de Harvard, por exemplo, publicou um livro abstrato e complexo sobre justiça que nenhum jurista constitucional pode ignorar. Não é necessário que os juristas desempenhem um papel passivo no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado, assim como não foram passivos no desenvolvimento da sociologia e da economia jurídicas. Eles devem reconhecer que o direito não é mais independente da filosofia do que dessas outras disciplinas⁶⁸.

A teoria de Dworkin formula suas bases sobre a vinculação da Constituição, de modo que seja aplicada da melhor forma possível aos casos.

A moral deve funcionar como fator de correção para que se possa extrair a interpretação legal a que a sociedade deve obedecer.

Dworkin, em sua obra *Justiça para ouriços cacheiros*⁶⁹, identifica quatro dimensões subjacentes à ideia de justiça: igualdade, liberdade, democracia e Direito, a fim de debater a problemática da democracia e os seus fundamentos, numa concepção substancial de direitos fundamentais.

Nesse sentido, João Lemos Esteves, ao comentar o título do livro supramencionado, assevera que a obra parte da tese da unidade de valor:

[...] recorrendo a uma imagem antiga que foi tornada célebre por Isaiah Berlin: a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço cacheiro sabe uma grande coisa: a verdade acerca de viver bem e ser bom e o que é maravilhoso não só é coerente, como também se encontram relacionados entre si: o que julgamos sobre cada uma dessas realidades, devemos aplicar às restantes.⁷⁰

O princípio da integridade, formulado pelo filósofo, confere unicidade e coerência ao sistema que possui como valores fundamentais a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Em célebre passagem de sua obra, Dworkin salienta que a edificação da prática jurídica deve dar-se nos mesmos moldes em que se escreve um romance, não sendo possível ignorar a tradição e o que já foi desenvolvido a respeito de determinado tema. Pelo contrário: a interpretação deve considerar as teorias já

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 233-234.

⁶⁹ *Id.* **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, *passim*.

⁷⁰ ESTEVES, João Lemos. Ronald Dworkin: a justiça constitucional como garante da democracia material. In: PITON, Andre Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa. **Liber Amicorum** – Manuel Simas Simão, Rei dos Livros, 2016, p. 701.

existentes e desenvolver movimentos que constituam um processo ininterrupto, abarcando as teorias concluídas anteriormente e as que estão por vir:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo até então. [...] Ao decidir um novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção⁷¹.

A partir de Dworkin, observa-se a construção ciclo-evolutiva dos casos em discussão, na medida em que o ontem é remanejado para se tornar “o melhor possível” como objeto de uma demanda judicial⁷². A denominada *interpretação construtiva* realiza a vinculação entre a moral e o direito.

Dworkin era contrário a posicionamentos ativistas dos juizes, bem como a discricionariedades arbitrárias, uma vez que, por certo, tais decisões enfraqueceriam a autonomia pública, segurança jurídica e separação de poderes.

Não obstante, é de sua autoria a figura do Juiz Hércules, que teria por objetivo a concretização do ideal de Justiça, ou seja, dar a cada um o que é seu. Além disso, deveria o juiz conhecer todos os princípios vigentes, vinculando-os ao direito, por meio da argumentação, com a finalidade de obter a melhor decisão, baseada em elementos principiológicos, morais e, sobretudo, coerentes.

Dworkin, em sua obra *Levando os direitos a sério*, afirma:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o dever geral de seguir as

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 238.

⁷² BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 488.

decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo⁷³.

E, em *O império do Direito*, conclui: “o julgamento de Hércules exige a verificação de compatibilidade das normas com os mandamentos constitucionais, sobretudo na preservação das minorias, sempre buscando a concretização do ideal de Justiça”⁷⁴.

O autor, nesse contexto, ressalta a importância dos precedentes a fim de que o intérprete da norma consiga realizar a interpretação construtiva ciclo-evolutiva.

[...] os juízes parecem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação. Eles aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o que é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar esse tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado⁷⁵.

Embora posteriormente tenha sofrido críticas quanto a sua teoria, o filósofo conferiu grande contribuição para a dogmática jurídica ao asseverar que as subjetividades devem ser solucionadas a partir dos valores e princípios contidos na ordem jurídica.

O fato foi ressaltado na obra coordenada por Lenio Luiz Streck:

Nesse contexto, importante o pensamento de Dworkin, que pretendeu criar uma teoria jurídica antidiscrecionalária, baseada no conceito de poder discricionário e suas repercussões na aplicação do direito. Para ele, discricionariedade não combina com democracia. E Streck: “Democracia não rima com discricionarismo e com subjetivismo. E com livre convencimento, tampouco com a livre apreciação da prova [...]”⁷⁶.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

⁷⁴ *Id.* **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 442.

⁷⁵ *Id.*, *op. cit.*, 2010, p. 175.

⁷⁶ KIEFER, Sandra Filomena Wagner. A discricionariedade em Dworkin sob o prisma da hermenêutica crítica do Direito de Lenio Streck. *In*: LUZ SEGUNDO, Elpidio Paiva; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin (orgs.). **Diálogos Sino-Luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 304, grifos do autor.

Afasta-se a compreensão de uma simples postura positivista clássica de interpretação, por meio de uma ideia de coerência e integridade do sistema, em que a leitura moral da constituição, numa interpretação construtiva, fornece complementos à correta interpretação do direito.

Outro teórico de grande importância é Robert Alexy, que, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, elaborou a ideia de ponderação, sob o viés da proporcionalidade.

Diante de Constituições que possuem amplo catálogo de direitos fundamentais, percebe-se que as regras tradicionais de interpretação jurídica acabam por não resolver as colisões relativas a tais direitos.

Considerando a unidade constitucional que deve existir na conciliação de interesses, é possível afirmar que as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito surgem sempre que o exercício ou a realização do direito fundamental de um dado titular produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular.

Alexy formula sua teoria abordando a discricionariedade legislativa em conexão com sua teoria dos princípios.

Segundo o autor, a teoria dos princípios expõe que há dois tipos de normas que preveem direitos fundamentais: regras e princípios, sendo certo que as primeiras obedecem à regra do tudo ou nada, em que prevalece a subsunção, enquanto os princípios são comandos que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas.

As regras são comandos definitivos, que determinam o que se deve fazer, contendo pontos fixos, enquanto os princípios são mandados de otimização, uma vez que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em vários graus diversificados.

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. [...] O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras

contêm, portanto, determinação no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma disputa de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁷⁷.

Por sua vez, as colisões entre princípios são solucionadas por meio da chamada ponderação, que implica a noção de proporcionalidade, com suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em obra que se predispõe a discutir a ponderação e racionalidade da atividade jurisdicional, Ana Paula de Barcellos assevera:

Nesse sentido, e empregando a lógica de Alexy, uma vez que os princípios funcionam como comandos de otimização, pretendendo realizar-se da forma mais ampla possível, a ponderação é o modo típico de sua aplicação. Por meio da ponderação se vai sopesar a extensão de aplicação possível de cada princípio, considerando as possibilidades jurídicas (outros princípios contrapostos e eventualmente regras) e físicas existentes. Na verdade, em vários escritos recentes, Alexy tem manifestado preocupação em delinear o conteúdo da ponderação e a forma de sua utilização. Uma segunda maneira de compreender ponderação é a que a visualiza, sem maiores preocupações dogmáticas, como um modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios. É nesse sentido que ela tem sido empregada em muitas decisões judiciais, que parecem identificá-la como uma técnica genérica de solução de aparentes tensões normativas. A técnica consistiria em balancear ou sopesar os elementos em conflito para atingir a solução mais adequada. Por último, e em terceiro lugar, diversos autores ligados às discussões sobre a teoria da argumentação compreendem a ponderação em sentido muito amplo, como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais. Ponderação, nesse sentido, é a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentações relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos, etc.).⁷⁸

Alexy admite a distinção entre colisões de direitos, tanto em sentido estrito como em sentido amplo⁷⁹, e assevera que as colisões somente podem ser

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85, 91.

⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 25-27.

⁷⁹ Alexy nos ensina a distinção entre colisão de forma estrita e ampla, no seguinte trecho: “O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser desenvolvido de forma estrita ou ampla. Se concebido de forma estrita, então devem ser consideradas apenas aquelas situações que envolvam colisões de direitos fundamentais. Aqui se pode falar de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Uma concepção mais ampla permite considerar as colisões de direitos fundamentais com outras normas ou princípios que tenham por objeto a proteção de interesse comum. É o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo [...]. Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão. Nem isso pode existir. Isso se aplica tanto a

superadas se forem impostos a um dos lados, ou aos dois lados envolvidos na questão, restrições ou sacrifícios, e assinala que é a ponderação o melhor caminho para solucioná-las.

A ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão, conforme nos ensina o autor. Os demais subprincípios são a adequação (meio utilizado para a persecução do fim desejado, a intensidade da intervenção) e a necessidade (o meio é necessário quando não se dispõe de um diverso menos restritivo).

Robert Alexy propõe, claramente: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.⁸⁰

Outrossim, considerando o tema dessa dissertação, que objetiva, igualmente, pesquisar métodos de contenção do ativismo, importante observar que o supracitado autor menciona a argumentação jurídica como uma dessas possibilidades de diminuição do arbítrio por parte do intérprete:

O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre essa função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as ‘concepções gerais de justiça’ consolidadas na coletividade⁸¹.

Desta forma, embora passível de críticas pela subjetividade que pode vir a caracterizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, Gomes Canotilho nos informa que o referido princípio vem sendo amplamente aplicado no âmbito europeu:

A convergência dos sistemas de *commom law* e de direito administrativo, no ordenamento europeu, vem realçar que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso é, hoje, assumido como um princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito. [...] Este controlo – razoabilidade – coerência, razoabilidade-adequação, proporcionalidade-necessidade – é hoje objeto de difusão em toda a Europa através do Tribunal de Justiça

colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, quanto em sentido amplo” (ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal: Gilmar Ferreira Mendes, p. 2-3).

⁸⁰ *Ibid.*, p. 14-15.

⁸¹ *Id.* **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 39-40.

das Comunidades (cfr. Tratado da União Europeia, art. 5º, segundo a numeração do Tratado de Amsterdã). Trata-se, afinal, de um controle de natureza equitativa que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a interação do “momento de justiça” no palco da conflitualidade social. O princípio da proporcionalidade é também utilizado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na concretização/aplicação de algumas normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 8º e 11º). As medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito.⁸²

Não obstante a ampla aplicação contemporânea do postulado da proporcionalidade, como afirmado, autores como Lenio Luiz Streck advertem que a ponderação não é uma justificativa para decisões sem qualquer critério de racionalidade, devendo o aplicador do direito redobrar a atenção na sua utilização.

A atenção de Streck se refere ao combate à discricionariedade judicial, que teria na má aplicação das submáximas do princípio da proporcionalidade um de seus ápices. Resume:

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas – reside no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete, com a qual a teoria da argumentação (para falar apenas desta) não escapa do paradigma representacional, como, aliás, sempre denunciou Arthur Kaufmann.⁸³

Continua Streck, afirmando que o Estado democrático de direito pode perder a autonomia, em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito), tornando-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face do decisionismo que pode emanar do exacerbamento dos poderes do Juiz.⁸⁴

O Direito enfrenta um momento de crise, observando-se a tentativa de substituição de regras por princípios, em decorrência do descrédito social, movimento que traz consigo um grande risco: o da substituição da racionalidade formal do Direito por uma racionalidade de conteúdo principiológico moralista, dissociada da ordem legal.

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 266-269.

⁸³ *Ibid.*, p. 279.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da Lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ** – Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 29 maio 2019.

Não restam dúvidas de que arbitrariedades devem ser combatidas e que, por vezes, é difícil estabelecer uma fronteira clara na aplicação do princípio da proporcionalidade que permita a segurança jurídica.

Porém, por outro lado, é necessário não só pensar, mas também enfrentar os desafios que tem o Poder Judiciário para contribuir na concretização dos direitos fundamentais, em face da omissão e/ou incompetência dos demais Poderes, sem que isso seja uma interferência indevida ao extremo.

Afinal, o cidadão possui o direito, e o Estado o dever de conferir uma decisão constitucionalmente adequada aos seus anseios quando este bate às portas do Poder Judiciário, em busca da tutela de seus interesses.

Não obstante a aludida insatisfação com o sistema jurídico posto, ou seja, com a legalidade, a sociedade nutre em seu núcleo anseios de justiça, ignorando, completamente, que o sentido que é atribuído a este termo depende também do contexto histórico do momento em que sua interpretação é feita, sendo oportuno mencionar que, como preleciona Habermas, igualmente lembrado por Eros Grau, a teoria do Direito é a teoria da prestação jurisdicional, não correspondendo, necessariamente, a uma teoria da justiça⁸⁵.

4.2. Distinções conceituais dos preceitos abordados

Ao termo *ativismo* foi atribuída conotação negativa no cenário atual, no sentido de não conduzir à real atribuição do Poder Judiciário. A expressão é interpretada como uma verdadeira invasão nas funções do Legislativo e do Executivo.

Tal qual afirmado quando da análise do conceito de *neoconstitucionalismo*, também o ativismo teria imensa diversidade de sentidos.

E, apesar das inúmeras críticas ao ativismo, há que se admitir que, quando da análise dos chamados casos difíceis (ou *hard cases*), o principal problema enfrentado consiste na ausência de respostas específicas na legislação para determinados problemas que se lhe apresentam, o que, inevitavelmente, deságua na “criação judicial do direito”, após a apreciação casuística.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Entre fatos e normas**, p. 241 *apud* GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 19.

Entretanto, isso não significa dizer que há criação de um direito novo, mas sim de um trabalho de construção de decisão judicial, que, inexoravelmente, deve estar ligada a uma norma jurídica anteriormente existente⁸⁶. Dessa forma, o Direito é criado por meio da individualização de normas, pois estas são oriundas da interpretação.

Portanto, para que sejam preenchidas as lacunas advindas de situações cotidianas, que não estão previstas nas legislações, quando se está diante das nuances do mundo moderno, o judiciário desempenha papel intenso, dando-se destaque à discricionariedade, que traz em seu bojo as valorações dos magistrados, que deverão ser sempre justificadas, conforme exigência legislativa.⁸⁷

Não obstante, há que se tecer uma crítica quanto à aludida subjetividade, pois, nos dias atuais, caiu por terra a noção de Montesquieu de que o juiz é apenas a “boca da lei”, e tal dimensão subjetiva decorre inequivocamente “da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época”⁸⁸.

Por vezes, o juiz age influenciado não apenas pelo texto normativo, mas por um conjunto de preceitos, da ética religiosa à social, imbuído até mesmo de emoções, que orientam a tomada de decisão em determinado momento, havendo, inclusive, influência do contexto histórico em que se insere, conforme fora frisado anteriormente.

Jorge Miranda destaca que

Não é possível responder positivamente em termos absolutos – aqui, como, de resto a respeito dos juízes dos tribunais em geral, porque qualquer juiz, enquanto pessoa e enquanto cidadão, tem a sua formação, precompreensões e sensibilidades próprias (o que não pode é declará-las) e elas manifestam-se nas suas maneiras de ver os fatos e de interpretar os preceitos, mormente os preceitos constitucionais com as suas especificidades de interpretação. Parafraseando Ortega, dir-se-á que cada juiz é ele e a sua circunstância.⁸⁹

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** – UniCEUB, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015, p. 13.

⁸⁷ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 256; LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 324.

⁸⁸ *Apud ibid.*, loc. cit.

⁸⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: infraconstitucionalidade e garantia da Constituição. t. 4, 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 150.

Karl Loewenstein nos alerta ao perigo de haver abuso de poder por parte dos membros de cortes quando estes detêm demasiada autonomia em suas decisões, pois o excesso é um erro que faz parte da essência humana, devendo, portanto, os limites do poder estar bem delineados nas constituições⁹⁰. Como exemplo, o autor cita a Constituição Francesa de 1958, que pormenorizou as competências do Conselho Constitucional, para que este não se sobrecarregasse com questões políticas, já que estas não podem ser submetidas a um tribunal.⁹¹

Outra crítica que se faz é relacionada à independência dos magistrados – apesar de esse requisito ser garantido à classe –, visando a evitar sua subordinação e possível ameaça pelos demais poderes, pois, quando exercida em excesso, pode gerar abuso de poder. E, ainda segundo Karl Loewenstein, sendo os juízes seres humanos e mortais, “estão expostos às tentações de poder ilimitado”⁹².

Com efeito, o ativismo pode ser verificado pela intromissão de um poder na seara funcional de outro poder, sem que haja atribuição específica daquele poder para tanto.

Não se confunde, porém, com o sistema de freios e contrapesos, limite formal ao princípio da separação de poderes. O ativismo exacerba tal limite, a ponto de ultrapassar a complementação de funções que aquele sistema afirma. Ou seja, o

⁹⁰ “Estos nuevos intentos de solucionar los conflictos políticos a través de una instancia judicial encierran considerables peligros, tanto para la judicatura como para el proceso gubernamental. Los defensores del arbitrio judicial entre los diferentes detentadores del poder hacen patente que, en un Estado de derecho, todas las acciones políticas de cualquier detentador del poder tienen que estar de acuerdo con las disposiciones constitucionales y que es una tarea legítima del Tribunal Constitucional Supremo determinar la extensión de las normas constitucionales e interpretar su contenido. Esta tesis es irrefutable. Pero, contra esto, si se puede oponer que la intervención de los tribunales puede conducir a borrar las fronteras entre la administración de justicia y la política” (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 324).

⁹¹ “También la Constitución de Gaulle (1958) ha sido prudente en la asignación de competencias al Consejo Constitucional (arts. 56-61), para no cargarlo con cuestiones políticas que, al fin de cuentas, no pueden ser resueltas por una instancia judicial. Su competencia es, consecuentemente, apenas comparable con la de un tribunal ordinario; excepción hecha del preexamen de la constitucionalidad de una ley parlamentaria antes de su promulgación por el presidente. Fundamentalmente, está concebido tan sólo como un defensor del desenvolvimiento constitucional de las elecciones y del referéndum y, en absoluto, como árbitro de los conflictos políticos entre los órganos estatales supremos; solamente estará llamado a decidir este tipo de conflictos cuando se produzca un desacuerdo entre una de las dos cámaras y el gobierno (artículo 41), sobre si un proyecto de ley cae dentro de la categoría de las materias asignadas al Parlamento (artículo 34) o bajo el dominio de las cuestiones a regular por reglamentos gubernamentales (artículo 37). Pero, en el fondo, esto es una decisión jurídica y no política” (*ibid.*, p. 325).

⁹² KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional: limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 256.

ativismo se refere a uma conduta proativa por parte do magistrado que, ao interpretar a Constituição, expande o sentido e o alcance de suas normas⁹³.

Diversamente, a judicialização é um fenômeno que ocorre como consequência natural do desenho institucional, quando observamos o modelo adotado no Brasil.

Resta a dúvida se essa flexibilização exacerbada é necessária para que a garantia de um direito seja efetivamente exercida ou se estamos diante de uma ingerência errônea na esfera de outro Poder.

Clovis Demarchi assim define o ativismo judicial em seu artigo “Direitos fundamentais, judicialização e ativismo judicial”: “O ativismo judicial no Brasil se caracteriza então pela ação do Judiciário como legislador, sem possuir autoridade para isso, somente pela máxima de ‘relevância social’. Relevância esta que é justificada pelo próprio Judiciário”⁹⁴.

Luís Roberto Barroso retrata a expressão *judicialização da vida* como algo natural, advindo da abertura do constitucionalismo moderno ou contemporâneo mundial à amplitude de direitos sociais, humanos e fundamentais.

Nesse sentido, o autor muito bem distingue a judicialização do ativismo, nos seguintes termos:

A judicialização, como demonstrado anteriormente, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala – é este o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de forma efetiva. O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir a sua interferência nas ações dos outros Poderes.
[...]

Judicialização e ativismo não são a mesma coisa. Judicialização significa que algumas das grandes questões políticas, morais e sociais do nosso tempo têm alguns de seus capítulos decisivos perante os Tribunais, isto se deve ao arranjo institucional das democracias contemporâneas que facultam o acesso à Justiça por diversos mecanismos. Já o ativismo judicial é uma atitude, uma

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55.

⁹⁴ DEMARCHI, Clovis. Direitos fundamentais, judicialização e ativismo judicial. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.). **Liber Amicorum Manuel Simas Santos**. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 321-322.

atuação expansiva do Judiciário, ocupando espaços tradicionalmente percebidos como sendo do Legislativo.⁹⁵

Com efeito, a judicialização é uma circunstância do sistema constitucional, notadamente o brasileiro, que possui diversos instrumentos que conferem centralidade ao Poder Judiciário na realização dos fins sociais determinados pela própria Lei Magna. Nesse sentido, pontua Vitor Soliano:

Não foi o Judiciário quem decidiu que cabe ao STF a guarda da Constituição. Não foi o STF que se atribuiu a competência de julgar, originariamente, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratórias de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão. Não foi o Supremo Tribunal Federal quem ampliou o rol de legitimados para propor essas ações. Não foi o STF quem estabeleceu, expressamente, o efeito vinculante e a eficácia erga omnes para as decisões tomadas nos julgamentos dessas ações. Não foi, ainda, o Poder Judiciário que criou as súmulas com efeito vinculante, o controle difuso de constitucionalidade e o Mandado de Injunção. Todas essas competências e possibilidades (para ficar apenas em sede de controle de constitucionalidade) que, inegavelmente, ampliam a força e a importância do poder jurisdicional, foram criadas pelos poderes representativos em especial pelo Poder Legislativo, seja como constituinte originário, derivado ou legislador ordinário.⁹⁶

Diante da crise das instituições representativas, sobretudo do Poder Legislativo, o Judiciário, capitaneado pelo Tribunal Superior – que possui a competência da jurisdição constitucional –, vem se afirmando como protagonista nos cenários político e social, interferindo de forma mais incisiva no espaço de atuação dos Poderes eleitos.

Os Tribunais parecem funcionar como instâncias de canalização de demandas sociais represadas e se valem de uma concretização mais intensa dos princípios e valores constitucionais para atendê-las.

A judicialização, nesse cenário, é algo inevitável e salutar para países em que o regime democrático impera, e, nesse sentido, é inerente à própria interpretação constitucional moderna, pois a jurisdição constitucional não é uma opção, mas, ao revés, está em conformidade com o desenho institucional então em

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 140.

⁹⁶ SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Políticas**, Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 8, n. 1, p. 590-622, 1º quadr. 2013. Disponível: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5514/2937>. Acesso em: 12 nov. 2019.

vigor (e isso tanto na Constituição Portuguesa de 1976, que disciplina amplos direitos fundamentais, como na analítica Carta Magna brasileira de 1988).

Considerando que a atuação judicial, por vezes, descola o exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário, o que, como vimos, é alvo de críticas, surge por parte da dogmática aqueles que defendam que tal Poder deve ser deferente, autocontido, na maioria dos temas que lhe são levados a debate por meio da Jurisdição Constitucional.

Assim, a partir do momento em que o judiciário responde de forma a considerar os limites constitucionais (e institucionais) dos demais poderes, a fim de reduzir sua interferência nas demais esferas, age em conformidade com o que se denomina de autocontenção judicial.⁹⁷

A autocontenção, portanto, é conduta diametralmente oposta à que se verifica no ativismo. Agir em conformidade com a autocontenção, ou seja, de acordo com os delineamentos constitucionais quanto à competência do Poder Judiciário, não significa dizer que o magistrado deva agir conforme um Dever-ser contido em um positivismo kelseniano.⁹⁸

No Brasil, a própria Constituição da República delineou mecanismos que podem ser considerados de autocontenção judicial, como é o caso do inciso IX do artigo 93, que prevê a fundamentação das decisões como forma de limitar a discricionariedade judicial, que será abordada mais detalhadamente em capítulo posterior.

Ainda assim, não há como evitar a constatação de que, por diversas vezes, há a extrapolação dos limites estabelecidos pela Constituição, havendo valorações de cunho subjetivo.

Segundo Lenio Streck, não podemos perceber a Constituição como um mero objeto de complementação pelo aplicador da lei, transformando juízes em legisladores, como se os primeiros tivessem uma verdadeira carta branca no exercício de suas funções.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55.

⁹⁸ STRECK, Lênio. A questão interpretativa que permeia a relação entre texto e norma. *In*: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (ed.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!** Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 126.

Ademais, o autor não aceita a posição de que a Suprema Corte (ao menos a brasileira) seja a vanguarda iluminista do país e nem que tenha a atribuição de “empurrar a história”, porém assevera que a judicialização é contingencial e aceita para a defesa de direitos fundamentais, desde que com limites e devidamente fundamentada, não podendo ser confundida com ativismo.

Conquanto o método da subsunção, à primeira vista, seja aparentemente uma forma de autocontenção, deve-se atentar que uma conduta que pode ser considerada meramente objetiva também não está imune ao subjetivismo do julgador, como o que ocorre na edição de súmulas – sobretudo, as vinculantes –, que concretizam nada mais do que o entendimento majoritário dos membros dos Tribunais, podendo ser consideradas um “positivismo discricionarista”⁹⁹.

A consequência desse ato é a confusão entre os limites do Direito com a aplicação de preceitos políticos e morais do julgador. Para que se evite essa postura, há que prevalecer a autocontenção, “que corresponde ao reconhecimento da prioridade jurídica do legislador”¹⁰⁰.

Elival da Silva Ramos, dando maior enfoque ao exacerbamento da intervenção do judiciário na esfera de decisão dos outros poderes, em obra crítica ao ativismo judicial, ressalta a necessidade de autocontenção e deferência institucional entre eles, considerando que o ativismo judicial não tem nenhuma face positiva, independentemente do resultado alcançado.

Considere-se que algumas regras possuem uma porosidade que deve ser preenchida pelos princípios, podendo-se concluir, daí, que não há possibilidade de aplicação de um princípio sem que exista anteriormente uma regra ao qual esteja relacionado.

De acordo com Friedrich Müller, que desenvolveu a tese do pós-positivismo, a norma constitui o sentido que se afere ao texto. Ao aplicar a norma, o intérprete já estaria lhe atribuindo sentido, produzindo, portanto, a norma individual¹⁰¹.

⁹⁹ STRECK, Lênio. A questão interpretativa que permeia a relação entre texto e norma. *In*: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (ed.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!** Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 134.

¹⁰⁰ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional:** limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 257.

¹⁰¹ STRECK, Lênio, *op. cit.*, p. 137.

Por conseguinte, agir para além desse contexto significa extrapolar os limites da autocontenção. O magistrado, quando rompe esse liame sob o argumento de que pretende dar máxima efetividade às normas constitucionais e formula políticas públicas, desrespeita o princípio da separação entre os poderes.

Conforme ressaltado em capítulo anterior, a Constituição dos Estados Unidos previu o princípio da separação dos poderes; não obstante, apesar da nítida separação de funções e o critério material de que a cada poder corresponde uma determinada função, é necessário que entre os poderes existentes haja uma inter-relação, com a finalidade de evitar o exercício arbitrário de algum deles.

Sendo assim, cabe ao judiciário, por exemplo, declarar nulos todos os atos advindos dos demais poderes que extrapolem os limites estabelecidos pela Carta Magna, de forma que ele próprio mantenha os atos adstritos à norma constitucional. Dessa forma, o poder judiciário respeita não apenas os limites da Constituição, como também a vontade popular, responsável por eleger os representantes do poder legislativo.

A Constituição da República Federativa do Brasil delineou expressamente as funções típicas de cada um dos poderes que a compõem, de modo que a cada um corresponde uma função materialmente distinta. Caso se verifique a usurpação de tarefas por algum dos órgãos da estrutura de poder, haverá consequente desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes.

Especificamente no Brasil – e em alguns países da América do Sul onde vigoraram regimes ditatoriais nas décadas de 70 a 80 –, foi durante a redemocratização que o Poder Judiciário passou a ter papel de destaque na sociedade, pois “deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político”. Devido ao fato de questões políticas serem transferidas à esfera reservada ao judiciário, quando de sua apreciação, acabam por prevalecer, por diversas vezes, os valores do julgador, tendo como principal consequência o estreitamento da fronteira entre legislação e jurisdição e política e Direito.¹⁰²

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** – UniCEUB, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015, p. 28.

Observa-se que há uma linha tênue entre os três poderes e suas funções típicas, e que, não por raras vezes, questões que deveriam ser objetos de políticas públicas no âmbito do Executivo são submetidas ao Poder Judiciário.

Celso Fernandes Campilongo destaca:

Se, nos chamados ‘casos difíceis’, o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas – muitas vezes por delegação do próprio legislador –, essa criatividade é exercida nos limites da legitimidade legal-racional. O legislador pode rever a delegação ou fixar a opção política. Entretanto, até que isso aconteça, a determinação de uma linha política por parte do juiz – desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento – não significa, necessariamente, um comportamento antidemocrático, contrário à divisão de poderes ou ofensivo ao Estado de Direito¹⁰³.

Dessa forma, a apreciação pelo Poder Judiciário de questões que originalmente fariam parte do âmbito legislativo constitui o núcleo da judicialização da política. Por meio desse fenômeno, os juízes substituem as decisões dos responsáveis pela elaboração de políticas públicas por seus próprios juízos políticos. Contudo, muito embora seja uma prática corriqueira, os críticos a essa postura judicial afirmam que a judicialização poderia transformar “o sistema governamental em um domínio dos juízes ou em uma juridocracia”¹⁰⁴.

No caso da elaboração de políticas públicas, estas encontram-se no âmbito reservado ao poder executivo, podendo ser delegadas a outros órgãos deste poder. A separação entre política e Direito, embora não muitas vezes nítida, é teoricamente desejável. Porém, assim como o poder judiciário deve evitar ingressar em casos designados ao poder legislativo, o contrário também deve proceder.

No que diz respeito ao Brasil, a autocontenção do Poder Judiciário está intrinsecamente relacionada ao núcleo essencial de suas funções, uma vez que em seu âmbito de competência não consta a previsão de que lhe seja conferido o poder de legislar, justamente porque, nesse caso, não haveria posterior análise pelo Poder Legislativo, a quem cabe esta função típica.

¹⁰³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2013, p. 48-49.

¹⁰⁴ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 258; LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 324.

Nos casos em que o Poder Judiciário exerça de forma reiterada uma função que não lhe é originariamente conferida pela Constituição, possivelmente haverá ineficácia das normas constitucionais referente à separação dos poderes.

Há posicionamentos doutrinários no Brasil que reconhecem uma postura ativista quando da aplicação, por analogia, ao poder de legislar conferido ao Executivo, mediante medidas provisórias, comparativamente àquele conferido ao Poder Judiciário quando do preenchimento de lacunas legislativas que originem a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão.

Entretanto, conforme salientando anteriormente, a decisão não seria submetida ao respaldo posterior pelo Poder Legislativo e também seria considerado usurpação de função e violação ao núcleo essencial do princípio da separação de poderes, principalmente no que diz respeito ao princípio democrático, já que o poder legislativo representa o poder popular (e, como já fora ressaltado aqui, os magistrados não são eleitos pelo povo).

Desta feita, a fim de preservar o núcleo desse princípio, o juiz constitucional não pode inovar legislativamente, sob o argumento de formulação de políticas públicas e direitos sociais, já que, dessa forma, além da violação, perderia sua imparcialidade, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito¹⁰⁵.

Por todo o exposto, conclui-se que a ideia central do ativismo judicial é a de uma participação mais ampla do poder judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com interferência desse poder em local que seria originariamente ocupado pelos poderes executivo e legislativo¹⁰⁶.

A aplicação das leis não se confunde com fazer justiça no caso concreto, uma vez que o Direito, *a priori*, constitui instrumento de harmonização, pois deve atender à objetividade da lei, uma vez que se está menos sujeito a deixar-se levar por sentimentos que podem influenciar negativamente.¹⁰⁷

Por vezes, a ponderação de princípios que permeia a solução de casos a partir de regras indeterminadas e de conteúdo genérico pode ser algo perigoso para a apreciação casuística, já que advém da formulação de juízos de valor, podendo

¹⁰⁵ KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 216.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial – Direito e política no Brasil contemporâneo. **Atualidades Jurídicas**: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011.

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 167.

culminar em decisões arbitrárias, que acabam por abalar a segurança jurídica, haja vista “o Estado moderno” ser “ainda determinado por certos particularismos antagônicos a outros”¹⁰⁸.

Assim, é desejável que o Direito seja interpretado em conformidade com a ética e de forma crítica pelo intérprete; entretanto, o que não se pode fazer é substituir o Direito pela ética ou a moral, o que significaria a preponderância da vontade única e exclusiva de quem interpreta as normas em detrimento das instituições legalmente constituídas, de onde advieram as leis.

4.3. Possíveis exemplos da ocorrência do ativismo nas Cortes brasileira e portuguesa

Nas cortes brasileiras, podemos citar alguns exemplos que são reconhecidos, por parte da doutrina, como manifestações de ativismo judicial.

Nesse sentido, Barroso enumera casos emblemáticos que demonstram como o Poder Judiciário se imiscui nas demais esferas de Poder, conforme se depreende de trecho abaixo destacado:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.¹⁰⁹

No tocante ao item “b” acima exposto, cumpre ressaltar que a Emenda Constitucional n. 97/2017, a qual positivou a ausência de obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas nos diversos âmbitos da federação, instituiu uma

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 133.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49.

cláusula de barreira para acesso ao fundo partidário e ao acesso gratuito a rádio e televisão (Art. 17, §§1.º e 3.º, da CF), ou seja, os partidos políticos que não alcançarem a pré-falada cláusula nas eleições ficam impossibilitados de receber os recursos do fundo, ao qual só terão acesso se alcançarem um percentual mínimo de votos.

Nesse contexto desenvolveu-se campo fértil para o ativismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro, reconhecido como uma das Cortes mais proativas do mundo. Assim, destaquem-se julgamentos que se tornaram notórios no nosso cenário jurídico e político brasileiro.

O primeiro caso cuja decisão foi resultado de ponderação de princípios constitucionais de forma proeminente e foi alvo de grande repercussão é o julgamento do HC n. 82.424-RS. O paciente, Siegfried Ellwanger Castan, não apenas escreveu livro intitulado *Acabou o gás!... O fim de um mito*, como também fundou a Editora Revisão, cuja especialidade era lançar livros que contestassem o Holocausto e revisassem a versão histórica narrada sobre a Segunda Guerra Mundial. Tais fatos, segundo o autor, seriam de difícil questionamento, haja vista os principais meios de comunicação mundiais serem controlados justamente por judeus. Ademais, os livros veiculavam ideias antissemitas, além de exaltações a Hitler e ao nazismo¹¹⁰.

Após a publicação do livro, o autor foi processado sob a acusação de ter cometido o crime de racismo, e, apesar de inocentado em primeira instância, a decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Estado onde residia o autor e onde ficava sua editora), chegando, logo após, ao STF por meio do Habeas Corpus n. 82.424.

No julgamento, divergiram fortemente os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que, utilizando-se da mesma técnica de ponderação sob o viés da regra da proporcionalidade, chegaram a conclusões divergentes: enquanto o primeiro Ministro concluiu que a liberdade de expressão não poderia ser restringida pela proibição de circulação do livro, não sendo esta medida razoável, Gilmar Mendes sustentou o oposto: que o cerne da liberdade de expressão foi ferido, uma vez que o livro

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 17 set. 2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 19 mar. 2004.

propagava em seu teor intolerância racial contra o povo judeu, sendo a restrição necessária a fim de preservar a dignidade da pessoa humana.¹¹¹

A tese vencedora foi no sentido da manutenção do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, pela rejeição do *habeas corpus* e condenação do editor pelo crime racismo.

Outro caso que merece ser trazido à tona diz respeito ao julgamento da constitucionalidade do artigo 5.º, §3.º, da Lei de Biossegurança brasileira, cuja redação autorizou a pesquisa com células-tronco no início dos anos 2000 – época em que o mundo discutia sobre o avanço das pesquisas atinentes às células-tronco embrionárias congeladas e seu possível descarte, caso não fossem utilizadas.

O debate na Suprema Corte foi o grande marco do papel proeminente do STF no seio da sociedade brasileira, no ano de 2005. O atual Ministro Luís Roberto Barroso atuou como advogado de um dos *amici curiae* nesse episódio. À época, sustentou junto à tribuna o fato de que a Lei já havia sido aprovada pelo Congresso, restando, portanto, ao Supremo ser deferente à discussão legislativa.

Muito embora o argumento de Barroso tenha sido de pronto afastado pelos Ministros Carmen Lúcia e Marco Aurélio, ambos acabaram votando com a maioria, que decidiu pela constitucionalidade do artigo 5.º da Lei de Biossegurança (apesar de alguns temperamentos feitos por alguns dos Ministros), conforme se depreende:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULASTRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.¹¹²

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 25.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29 maio 2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 5 jun. 2008.

Deve ser trazido à tona, também, caso que repercutiu recentemente e retrata a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação, situação que foi debatida durante o julgamento do Habeas Corpus n. 124.306, oriundo do Rio de Janeiro, em que se discutia o pedido de soltura de três indivíduos acusados de manter clínica de aborto na cidade de Duque de Caxias, a fim de que respondessem ao processo em liberdade. Muito embora a prisão tenha sido desconstituída e a ordem concedida, foi suscitada questão concernente à não criminalização da interrupção da gestação até o período de três meses, haja vista diversos estudos científicos no sentido de que o cérebro do feto ainda não tem formação completa e de que não é prejudicial para a saúde da gestante quando for realizado de forma cuidadosa.

Debateu-se também sobre dar interpretação conforme a Constituição brasileira aos artigos 124 e 126 do Código Penal, a fim de que não seja criminalizada a interrupção da gestação até o terceiro mês, pois este fato viola uma série de princípios constitucionais, tais como se depreende do voto do Ministro Barroso:

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.
4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.
5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.
6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a

medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália¹¹³.

O referido julgado foi objeto de apreciação tão somente pela primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo certo que, em sede controle abstrato, a questão ainda aguarda decisão pelo plenário, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 442), Ministra Relatora Rosa Weber.

Caso que foi considerado *leading case* no que concerne ao controle judicial das políticas econômicas é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 45. Nesta ação, foram traçados alguns limites relacionados ao controle das políticas públicas, em que se incluem as políticas econômicas, tendo em vista que se trata de intromissão na competência constitucional destinada ao Poder Executivo.

O relator do caso narrado foi o Ministro Celso de Mello, cujo trecho de voto se transcreve:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

[...]

- A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional –

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 9 ago. 2016. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação da Ata: DJe, 18 ago. 2016.

qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.¹¹⁴

Aliás, no que concerne ao tema políticas públicas, constata-se que muitas das decisões ativistas não são oriundas apenas das ações de constitucionalidade, mas também do mandado de injunção, remédio constitucional que encontra guarida no artigo 5.º, LXXI, da Constituição Brasileira, bem como na Lei n. 13.300 de 2016.

O objetivo primordial acima supracitado é resguardar o impetrante em seu direito na ausência de norma regulamentadora que “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”¹¹⁵. É utilizado pelos cidadãos, quando da ausência de norma, para que determinados direitos sejam preservados.

Posteriormente, o mesmo motivo ensejou a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que encontra previsão também na Carta Magna Brasileira no artigo 102, I, “a”, e art. 103, §2.º, que foi incluída pelas emendas constitucionais 3/93 e 45/04.

A diferença entre ambas as ações reside no fato de que no mandado de injunção a decisão será *inter partes*, enquanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão o efeito é *erga omnes*. A lei, entretanto, confere eficácia *erga omnes* também ao mandado de injunção quando esta consequência for indispensável ao exercício do direito questionado em juízo (conforme artigo 9.º, §1.º, da Lei do Mandado de Injunção)¹¹⁶.

Quanto à utilização dessas duas ações, deve ser citado o julgamento da questão de ordem no Mandado de Injunção n. 107-3, do Distrito Federal, que não

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29 abr. 2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJU, 4 maio 2004, grifo nosso.

¹¹⁵ Artigo 5º, LXXI, Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê, *ipsis litteris*: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

¹¹⁶ “Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.”

reconheceu o direito da estabilidade aos servidores públicos militares, em face de ausência de Lei.

Posteriormente, notou-se a progressiva mitigação deste entendimento para ampliar os efeitos do mandado de injunção, que originou uma virada jurisprudencial em decorrência da mora legislativa no que tange à apreciação de direitos fundamentais da população brasileira.¹¹⁷

A virada a que se faz menção ocorreu no ano de 2007, no julgamento de mandados de injunção coletivos que se baseavam no artigo 37, VII, da Constituição Brasileira¹¹⁸, que dispõe sobre o direito de greve dos servidores públicos, que deveria ser regulamentado mediante lei, que, porém, nunca foi editada.

Como solução, à época, o Supremo Tribunal Federal brasileiro propôs a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/1989, que regulamenta a greve dos trabalhadores de empresas privadas, nos termos dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712. Cumpre, inclusive, destacar a ementa do Mandado de Injunção n. 708, cujo Relator foi o Ministro Gilmar Mendes:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA

¹¹⁷ VORONOFF, Alice. Ativismo judicial e democracia: reflexões em torno do mandado de injunção. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 29-49, 2011, p. 31, 33.

¹¹⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).¹¹⁹

Aliás, mesmo após este julgamento, até os dias de hoje não houve qualquer movimento do Poder Legislativo em relação à edição desta lei, sendo ainda utilizada a lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada para reger os casos relacionados a servidores públicos.

Sendo assim, analisando-se de forma ponderada os casos concretos, percebe-se que, a bem da verdade, em que pesem as críticas relacionadas à atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, em algumas situações sua atuação é voltada meramente à concretização da vontade do constituinte originário, que, não obstante tenha deixado a cargo dos poderes constituídos a edição de lei, este comando não foi obedecido.

Apesar disso, de acordo com o que vem se sustentando ao longo deste trabalho, há o risco de que prevaleçam particularidades quanto à vontade do julgador na decisão prolatada, diferentemente do que ocorreria no caso de a lei ter sido devidamente editada pelos representantes do povo.

Assim como no caso da ausência da Lei de Greve destinada a servidores públicos, outro dispositivo constitucional que tem sido objeto de inúmeros mandados de injunção é o artigo 40, §4.º, II, que dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial para servidores que exerçam atividade de risco.

A doutrina brasileira considera o termo *atividade de risco* como conceito jurídico indeterminado. A zona cinzenta da indeterminação seria, portanto, preenchida casuisticamente, conforme a análise do caso concreto.

É devido a essa imprecisão que, quando se analisam os precedentes em relação à matéria, observa-se que os primeiros mandados de injunção sobre o tema concederam esse benefício a servidores da saúde.

Posteriormente, deparando-se com casos de maior complexidade, como os que foram ajuizados por servidores da justiça do trabalho ou por servidores do

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 25 out. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 206; RTJ, v. 207-02, p. 471.

legislativo do Tribunal de Contas, constatou-se que, apenas sob a análise concreta, poder-se-ia ser favorável ou não¹²⁰.

Nesse sentido, pertinente que seja destacado trecho do *leading case*, Mandado de Injunção n. 721 do Distrito Federal, referente ao voto do Ministro Marco Aurélio:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.¹²¹

O Supremo Tribunal Federal brasileiro também exerce papel proeminente no julgamento de questões morais relevantes que a atualidade globalizada nos traz ao debate, mas que sempre permearam as relações humanas. Na ausência de uma posição progressista do Congresso Nacional brasileiro, que é eminentemente conservador, o Tribunal Supremo do país tenta responder aos anseios de parte da população, adotando uma posição extremamente ativista.

Vejamos, por exemplo, o caso do reconhecimento, pelo Supremo, em 5 de maio de 2011, da equiparação jurídica entre a união estável homoafetiva¹²² e a heteroafetiva, apesar da oposição ferrenha de setores religiosos e associativos.

O tribunal considerou a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da igualdade.

¹²⁰ VORONOFF, Alice. Ativismo judicial e democracia: reflexões em torno do mandado de injunção. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 29-49, 2011, p. 38.

¹²¹ AURÉLIO, Marco Aurélio. Voto. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandato de Injunção n. 721/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 30 ago. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: DJe, 152, 30 nov. 2007.

¹²² *Id.* **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 5 maio 2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 05 maio 2011.

O julgamento ocorreu no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4227/DF, a qual encampou os fundamentos da ADPF n. 132, e, assim, julgadas conjuntamente, cujo trecho da ementa merece transcrição¹²³:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.
2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DA VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.
3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 5 maio 2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 05 maio 2011.

forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

[...]

6.INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIAS DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

Sendo assim, verifica-se que, embora parcela da doutrina e o julgado acima tenham defendido a mutação constitucional do artigo 226 da Constituição da República brasileira e, por conseguinte, a interpretação conforme do artigo 1723 do Código Civil brasileiro, a decisão é ativista no sentido de que o referido artigo do último Código é *ipsis litteris* o mesmo texto normativo da Constituição, que dispõe que a entidade familiar e a união estável existem apenas entre homens e mulheres.

Desta feita, sem uma Lei ou emenda constitucional, não se poderia equiparar as uniões estáveis entre conviventes homo e heterossexuais. Como bem salienta Lenio Luiz Streck:

Aliás, em países conservadores como Portugal e Espanha, a solução foi a feitura de Lei ou plebiscito. Por que, no Brasil, essa questão tem que ser resolvida de forma ativista no STF? Uma coisa é o STF decidir nos espaços que decorrem das omissões (in)constitucionais e dos problemas de (in)compatibilidade entre Lei infraconstitucional e o texto da Constituição. No caso em pauta, é a Constituição que estabelece um limite semântico pragmático.¹²⁴

Outro assunto que recorrentemente tem sido objeto de decisões judiciais consideradas ativistas, não apenas no Supremo Tribunal Federal, mas em diversos estados do território brasileiro, é o que diz respeito à judicialização do direito à

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas). **Lenio Streck**, Porto Alegre, 2 jun. 2011. Disponível em: <http://leniostreck.blogspot.com/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

saúde. As ações partem da premissa de que este é um direito de caráter prestacional, que deve ser provido pelo Estado¹²⁵. Há inúmeros casos envolvendo a judicialização dos direitos sociais, com fulcro, principalmente, nos artigos 6.^o¹²⁶ e 196¹²⁷, ambos da Constituição brasileira.

Em decisão proferida no SS 3690/CE, o Ministro Gilmar Mendes proferiu o seguinte voto, indeferindo o pedido de suspensão de segurança, formulado pelo Município de Fortaleza, contra decisão monocrática proferida pela Desembargadora Maria Celeste Thomaz de Aragão, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em *mandamus* que concedeu liminar a fim de determinar o fornecimento dos insumos de suplementação alimentar:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir-se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela vida judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*). Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) [...] Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento, que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sustein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez de recursos” e a

¹²⁵ LIMA, Márcia Rosa de. A judicialização do direito fundamental à saúde e dos demais direitos fundamentais do art. 6º e os princípios da prevenção e da precaução. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; BÜHRING, Marcia Andrea; JOBIM Marco Félix (org.). **Diálogos institucionais de Direito Público e Privado nº 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹²⁶ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹²⁷ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” [...]. Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivo), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.¹²⁸

O Ministro Luís Roberto Barroso ressalta as principais críticas feitas sobre a judicialização da saúde sob o fundamento de que isso colocaria em risco o Princípio da Separação dos Poderes.

Na visão do autor, o Poder Executivo detém competência para estabelecer as principais políticas públicas; sendo assim, a atuação judicial colocaria o arranjo institucional em risco.

Barroso, citando o Ministro Gilmar Mendes, ressalta que a realização das políticas públicas pelo Estado deve ter como respaldo o princípio da reserva do possível, sempre tendo em vista a escassez dos recursos públicos e, conseqüentemente, a judicialização da saúde desorganizaria a administração pública, pois seria priorizada uma ação individual em vez da promoção do direito à saúde em sentido amplo.

Por fim, salienta o autor que o Poder Judiciário não detém conhecimentos técnicos em relação à eficácia do serviço de saúde prestado.¹²⁹

Outro caso que tomou enormes proporções no Brasil, no ano de 2016, foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 do Distrito Federal,

¹²⁸ MENDES, Gilmar. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n. 3.690/CE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 20 abr. 2009. Órgão Julgador: Presidência. Publicação: DJe, 28 abr. 2009.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 875-903.

também concernente ao planejamento de políticas públicas, particularmente no que tange às péssimas condições carcerárias brasileiras.

Daniel Sarmento, advogado do caso que representou o Partido Socialista e Liberdade, respaldou a ação no *estado de coisas inconstitucional*, termo cunhado pela Suprema Corte Colombiana no julgamento dos casos *Sentencia* n. SU-559, em 6 de novembro de 1997, *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T – 525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T – 025, de 22 de janeiro de 2004.

No corpo do voto, o relator, Ministro Marco Aurélio cita três pressupostos estabelecidos pela Corte colombiana para que seja configurado o estado de coisas inconstitucional: “situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades”¹³⁰.

Tais premissas foram utilizadas para basear a ADPF, com vistas a adotar providências estruturais devido ao desrespeito a preceitos fundamentais dos presos decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, Estados e Distrito Federal.

No bojo inicial da ação em questão, um dos argumentos cingia-se à superlotação dos presídios e condições degradantes do sistema prisional e sua incompatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil, comparando a situação a verdadeiras “masmorras”, tal como a metáfora do inferno de Dante.

O Tribunal concluiu pela liberação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na área, evitando-se novos contingenciamentos.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional forneceu respaldo para que haja cobrança efetiva por parte da Corte a fim de que haja o monitoramento do cumprimento dos deveres impostos.

Outro caso que ganhou notoriedade no país foi a questão envolvendo cotas étnico-raciais. As premissas estabelecidas para o fundamento têm origem nas ideias de John Rawls, que, em seu livro *Uma Teoria da Justiça*, assim estabeleceu:

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgamento: 9 set. 2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 14 set. 2015.

Na justiça como equidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. Presumirei até mesmo que as partes não conhecem suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais. Os princípios da justiça são escolhidos por trás de um véu da ignorância¹³¹.

As ideias de equidade e justiça distributiva tiveram grande influência quando do julgamento, e a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal brasileiro se deparou com esse caso foi na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) contra a Universidade de Brasília (UnB), que havia reservado 20% de suas vagas para cotas étnico-raciais em seu processo seletivo para ingresso de estudantes, no ano de 2012.

Novamente o Supremo foi instado a se manifestar sobre tal medida, que foi estendida a concursos públicos, no bojo da Ação Direta de Constitucionalidade n. 41, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo objetivo era declarar a constitucionalidade da Lei 12.990/14, que reservou o mesmo percentual de vagas para candidatos negros em concursos públicos federais. Frise-se que também se requereu a constitucionalidade do critério pelo qual os candidatos se declaravam negros: a autodeclaração, que estava sendo contestada¹³².

O julgamento, concluído no ano de 2017, foi unânime no sentido de declarar a constitucionalidade da lei e do requisito para a declaração de etnia, conforme se depreende do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de parar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais

¹³¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 15.

¹³² LACERDA, Luísa. Reserva de vagas para negros em concursos públicos: o potencial transformador das ações afirmativas. In: SARAIVA, Renata; OSÓRIO, Aline; GOMES, Estêvão; PEPE, Rafael Gaia Edais (org.). **Ministro Luís Roberto Barroso: 5 anos de Supremo Tribunal Federal** – homenagem de seus assessores. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 180.

equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.

1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixar a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de hetero identificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.¹³³

Os holofotes se voltaram, novamente, sobre o Supremo Tribunal Federal brasileiro quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual foi reconhecida a Repercussão Geral da matéria e, posteriormente, por seu provimento para declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, por entender que ele viola o princípio da proporcionalidade.

O objeto do processo é a análise sobre a posse de três gramas de maconha de um cidadão que foi condenado à pena de dois meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública.

Após voto-vista do Ministro Edson Fachin, votou o Ministro Luis Roberto Barroso, na sessão plenária de 10 de setembro de 2015, sustentando a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal

Por razões jurídicas e pragmáticas, nos seguintes termos:

Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 08 jun. 2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 19 jun. 2017.

para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública [...]. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.¹³⁴

Em obra em homenagem ao Ministro Barroso, um de seus assessores, Marcelo Cavalli, interpretando o voto oral, cujo trecho foi acima citado, reafirma a violação dos direitos fundamentais à privacidade e à autonomia, caso se criminalize o porte de drogas para consumo pessoal, conforme se extrai do trecho a seguir:

A proteção constitucional dos direitos à privacidade e à autonomia individual impõe ao Estado a adoção de uma postura de neutralidade em relação a diferentes concepções de vida boa coexistentes em uma sociedade plural e democrática, como a brasileira. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre escolhas existenciais e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua privacidade, sua autonomia e sua dignidade. Rejeitam-se, assim, intervenções estatais paternalistas ou moralistas, que imponham ao indivíduo determinados padrões de conduta e preferências, ao pressuposto de que ele não tem capacidade para escolher o que é melhor para si ou de que suas escolhas são moralmente equivocadas, com base em um determinado padrão moral majoritário.

Estabelecida a premissa de que o indivíduo possui uma esfera de autonomia e privacidade que deve ser preservada da ingerência estatal, é preciso definir se o consumo de drogas está sob o espectro dessa proteção. Entendo que, ainda que parte da população considere esse comportamento danoso, perigoso, errado, inaceitável ou mesmo imoral, ele representa uma decisão pessoal, circunscrita à esfera íntima do usuário, e que não afeta, por si só, as escolhas e modos de vida de terceiros. Está, assim, incluído no âmbito de proteção dos direitos à intimidade e à vida privada e da autonomia.¹³⁵

Barroso fez, ainda, uma proposta de política pública que se iniciaria com a legalização da maconha, com a consequente regulação de sua produção, distribuição e consumo. Se os resultados fossem positivos, a mesma política se estenderia às demais drogas.

¹³⁴ MIGALHAS. RE 635.659 – Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. **Coluna Migalhas Quentes**, Ribeirão Preto, 10 set. 2015, p. 15. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-04.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹³⁵ CAVALI, Marcelo Costenaro. Até onde vai o direito de punir? Notas sobre a descriminalização do porte e do plantio de drogas para consumo pessoal. In: SARAIVA, Renata; OSÓRIO, Aline; GOMES, Estêvão; PEPE, Rafael Gaia Edais (org.). **Ministro Luís Roberto Barroso: 5 anos de Supremo Tribunal Federal** – homenagem de seus assessores. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 213.

Inclusive, o Ministro cita Portugal, em parte de seu voto, que merece destaque:

Em Portugal, há mais de uma década, descriminalizou-se o porte de drogas para consumo pessoal. No caso da maconha, presume-se não se tratar de tráfico o porte de até 25 gramas. Após este período, constatou-se que (i) o consumo em geral não disparou (houve até diminuição entre os jovens); (ii) houve um aumento de toxicodependentes em tratamento; e (iii) houve redução da infecção de usuários de drogas pelo vírus HIV.¹³⁶

No que tange ao direito português, tendo em vista haver na Constituição dispositivos expressos, tais como os artigos 204 e 277, n. 1, consideram-se inconstitucionais as normas que infrinjam a lei maior ou seus princípios, além do previsto no art. 8.º, n. 4, prever o respeito às normas da União Europeia.

Apesar disso, durante a grave crise econômica que assolou o mundo em 2008, e que teve consequências duríssimas em Portugal, principalmente quanto ao sistema de pensões, a Corte Constitucional Portuguesa foi chamada a intervir numerosas vezes com a finalidade de conferir a compatibilidade de leis econômicas com a Constituição de 1976 – cujas normas trazem, em seu bojo, respeito às garantias e liberdades fundamentais, bem como a efetivação de direitos econômicos –, tendo de julgar, ao menos, vinte e dois casos de questionamento de inconstitucionalidade.¹³⁷

O Tribunal Constitucional Português, anteriormente à crise instalada, vinha, conforme asseveram Jorge Miranda e Rui Medeiros, assegurando o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, não só na fiscalização abstrata, como na concreta:

Como se lê no Ac. n. 287/90, “para julgar de existência de excesso na ‘onerosidade’, isto é, na frustração forçada de expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do legislador ou da sua suficiente relevância segundo

¹³⁶ MIGALHAS. RE 635.659 – Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. **Coluna Migalhas Quentes**, Ribeirão Preto, 10 set. 2015, p. 6. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-04.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. Os grandes princípios constitucionais e a jurisprudência da crise em Portugal. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (ed.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!** Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 261-262.

a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas.

Ou, no Ac. N. 786/96: “O princípio da proteção da confiança exprime uma ideia de justiça que aprofunda o Estado de direito democrático. Segundo ela, o Estado não pode legislar alterando as expectativas legítimas dos cidadãos relativamente às respectivas posições jurídicas, a não ser que razões ponderosas o ditem [...]. Prevaecem, neste último caso, a necessidade e o valor dos fins almejados, perante a segurança e a solidez das expectativas. Mas tal sacrifício das expectativas deve ser previsível para os cidadãos atingidos e não desproporcional à lesão dos interesses subjacentes – Mas haverá lesão de expectativas que implique a violação do princípio da confiança? – Pressuposto de tal violação é a validade das expectativas. Isso não implica, necessariamente, que estas correspondam a direitos subjetivos, mas apenas que tenha um fundamento jurídico. E, por outro lado, não bastam quaisquer expectativas tuteladas juridicamente para que se justifique a intervenção do princípio da confiança. A validade das expectativas impõe que a previsibilidade da manutenção de uma posição jurídica se fundamente em valores reconhecidos no sistema e não apenas na inércia ou manutenção do status quo.”¹³⁸

Considerando as mudanças económicas e financeiras que continuaram a assolar o Estado Português, o Tribunal Constitucional, através do AC n. 396/2011, invocou a prevalência do interesse público, em detrimento do princípio da proteção de confiança, sendo, pois, uma decisão inédita, afirmando que “são medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular”¹³⁹.

Ainda sobre o acórdão de 2011, assim se posicionou o Tribunal Constitucional:

[...] uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do quantum remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito.¹⁴⁰

¹³⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. v. 1, 2. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 79-80.

¹³⁹ PINHEIRO, Alexandre Souza. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Revista observatório da jurisdição constitucional**, Brasília: IDP, v. 7, n. 1, p. 168-189, jan./jun. 2014, p. 172.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 173.

Já o acórdão 353 de 2012 debateu a suspensão do subsídio de férias e de natal relativos aos trabalhadores em funções públicas e aposentados e reformados, avaliando qual seria o *quantum* de sacrifício, dentro de um “critério de evidência” em que se mantivesse uma igualdade proporcional entre eles.

Essa posição foi a majoritária.

A Conselheira Maria Lucia Amaral apresentou uma alternativa política, restando, todavia, vencida:

[...] por razões de evidência, era certa a existência dessas medidas alternativas quando analisado o problema sob o ponto de vista do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. A medida ablatória de parte dos rendimentos dos trabalhadores do sector público e dos pensionistas e reformados foi julgada inconstitucional por violação deste princípio, por se entender que a intensidade do sacrifício, que por via dessa medida, por razões de interesse público, se impunha apenas a alguns, era tal que exigia a sua universal repartição por todos. Discordei, por estar convicta de que não dispunha aqui o Tribunal de nenhuma evidência que lhe permitisse comparar o grau de sacrifício exigido aos afetados por estas medidas e o grau de sacrifício efetivamente sofrido por outros (nomeadamente os trabalhadores do setor privado) com a conjuntura económica existente. Assim sendo, foi também minha convicção que não estava a justiça constitucional epistemicamente apetrechada para invalidar, neste caso, a decisão tomada pelo legislador. Foi por isso que me pronunciei pelo juízo da não inconstitucionalidade.¹⁴¹

Já o acórdão 862, datado de 19 de dezembro de 2013, que versou sobre a convergência de pensões nos setores público e privado, concluiu pela inconstitucionalidade de regras do Decreto da Assembleia da República n. 187/XII, as quais reduziam os valores de aposentação e sobrevivência, prevalecendo, nesse caso, o princípio da confiança:

Não há regras constitucionais impeditivas de leis retrospectivas que imponham a redução do quantum de pensões já reconhecidas. Isso não significa, porém, que a eventual inconstitucionalidade dessas leis não deva ser apreciada com base em princípios constitucionais, como o da proteção da confiança. [...] A proteção da confiança é uma norma com natureza principiológica que deflui de um dos elementos materiais justificadores e imanescentes do Estado de Direito: a segurança jurídica dedutível do artigo 2º da Constituição.¹⁴²

¹⁴¹ PINHEIRO, Alexandre Souza. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Revista observatório da jurisdição constitucional**, Brasília: IDP, v. 7, n. 1, p. 168-189, jan./jun. 2014, p. 176.

¹⁴² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 862/2013**. Processo n. 1260/13. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Lisboa: Diário da República n. 4/2014, Série I de 2014, jan. 2007.

Sendo essa sua conclusão:

A lógica ou a racionalidade sistémica é, portanto, de repartição e não de capitalização. Ora, o critério de repartição assenta num princípio de solidariedade, que convoca a responsabilidade coletiva na realização das finalidades do sistema. A contribuição do conjunto de pensionistas da CGA abrangidos pelas medidas para assegurar a sustentabilidade do sistema de pensões ainda encontra, pois, justificação no princípio da solidariedade intra e intergeracional que também deve ser tido em conta neste âmbito. O sistema público de pensões assenta numa ideia de solidariedade e igualdade social. E esta solidariedade conforma a afetação dos recursos. Determinante afigura-se o imperativo de garantir a sustentabilidade e solvabilidade do sistema de segurança social (relacionado com a capacidade do Estado o financiar, de forma sustentada) e que é condição da sua subsistência.

*Quando a medida legislativa é ditada por razões fundamentadas de imperioso e premente interesse público, o interesse individual na manutenção do regime legal não pode deixar de ceder diante do interesse do Estado em alterá-lo. Neste caso, o legislador deve atuar, em nome da sua incumbência constitucional de garante da sustentabilidade do sistema (artigo 63.º, n.º 2 da Constituição), procurando uma distribuição equitativa dos recursos disponíveis.*¹⁴³

A juíza Maria de Fátima Mata-Mouros também se destacou pelas decisões proferidas em alguns julgados (Acórdão 413/2014 de 30/05/2014), acerca do orçamento para o ano de 2014, em que analisou o princípio da igualdade¹⁴⁴:

Sem se questionar a liberdade de conformação do legislador na definição de medidas que visem prosseguir um fim público, como a aqui sob escrutínio, importa, todavia, apelar a um critério mais exigente de apreciação de sua conformidade constitucional ao nível do princípio da igualdade (uma “versão forte”) que, nessa medida, acaba por se revelar legitimamente, como mais constrangedor daquela liberdade.

[...] A questão está, pois, em saber como determinar a verificação dessa justificação. Enquanto na “versão fraca” do princípio da igualdade esta avaliação é feita pela procura da existência de uma razão válida para a diferença de tratamento, na sua “versão forte”, o momento ponderativo do princípio não dispensa o escrutínio da própria avaliação realizada pelo legislador quando atribuiu peso determinante às razões que justificam a diferença de tratamento legislativo”¹⁴⁵

A magistrada restou vencida em seu voto pelos seguintes motivos:

¹⁴³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 862/2013**. Processo n. 1260/13. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Lisboa: Diário da República n. 4/2014, Série I de 2014, jan. 2007, grifos nossos.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Id.* **Acórdão n. 413/2014**. Processo n. 14/14. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Lisboa: Diário da República, n. 121/2014, Série I, 26 jun. 2014.

1. Vencida quanto à declaração de inconstitucionalidade do artigo 117.º da Lei do Orçamento de Estado (LOE) de 2014 (a.), junto também declaração de voto quanto à declaração de inconstitucionalidade da norma constante do artigo 33.º da LOE de 2014 por violação do princípio da igualdade (b.) e quanto à fixação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (c.).¹⁴⁶

Inclusive, em relação à ponderação de princípios, especificamente no sistema português, Carlos Blanco de Moraes destaca que a ponderação de princípios não pode fugir da realidade que lhe é imposta pelos delineamentos legislativos, expressos na Constituição.

Para ilustrar, o supracitado autor tece uma crítica e nos remete ao voto vencido de Lúcia Amaral, no acórdão n. 213/2014, que faz referência a um conjunto de premissas quando o julgador estiver lidando com matérias constitucionais:

Não se invalida uma norma editada pelo legislador democraticamente legitimado invocando para tal apenas a violação de um princípio (seja ele o da igualdade ou da proporcionalidade) se se não apresentarem como fundamento para o juízo razões que sustentem a evidência da violação” [...] “o controlo do Tribunal, além de ser um controlo de evidência, deverá ter sempre uma intensidade mínima. A conclusão não pode senão reforçar-se quando estão em causa interações complexas, com repercussões sistêmicas imprevisíveis, nas quais não pode deixar de reconhecer-se ao legislador uma amplíssima margem de liberdade para efetuar juízos de prognose.¹⁴⁷

Carlos Blanco de Moraes se refere ainda à motivação dos acórdãos emanados do Tribunal Constitucional Português a partir de 2012, após a pré-falada crise financeira mundial de 2008, tendo em vista suas consequências nas vidas privadas dos cidadãos portugueses, que se encontravam à mercê das leis proferidas pelos legisladores.

Por um lado, o autor avalia que o Tribunal não deixou de restringir determinados direitos fundamentais frente à ausência de recursos estatais para suprir todas as mazelas enfrentadas pelos indivíduos, porém, por outro, se refere a uma interpretação maquiavélica da atuação dos magistrados, uma vez que suas

¹⁴⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 413/2014**. Processo n. 14/14. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Lisboa: Diário da República, n. 121/2014, Série I, 26 jun. 2014.

¹⁴⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Curso de Direito Constitucional**. t. 2, v. 2. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 744.

decisões, em face da incapacidade do legislador, atribuiu-lhes a responsabilidade de sanar as dificuldades enfrentadas pela população naquele momento.¹⁴⁸

Sendo assim, o autor discorre que os tribunais são jurisdições com dimensão política, já que:

i) têm por finalidade defender uma 'lex superior' que regula o estatuto do político e os direitos das pessoas; ii) escrutinam leis que são normas de conteúdo político; iii) e a designação de seus membros passa por um processo operado no seio de um ou mais órgãos políticos, que incluem propostas de origem partidária"; além de reconhecer sua jurisdição formal e material, aplicando o direito com respaldo nos requisitos de independência e parcialidade.¹⁴⁹

Tais premissas, após estabelecidas, são passíveis de críticas pela doutrina portuguesa, uma vez que, por mais que a constituição do Tribunal remeta às suas origens, não deixa de ter uma estrutura demarcada politicamente, favorecendo determinados grupos ou levando em consideração a opinião pública, que permeiam sua estrutura e acabam por ferir a imparcialidade dos magistrados.

Anos antes, outro caso que ganhou notoriedade, como exemplo de um possível ativismo, é o relativo ao acidente ocorrido no Aquaparque do Restelo, em Lisboa, em que duas crianças morreram, no ano de 1993, sugadas pelos tubos de uma das piscinas da localidade.

Os pais das vítimas ingressaram com ação contra Estado, fundamentando o seu pedido na omissão ilícita e culposa pela ausência de legislação específica para o funcionamento de parques aquáticos e delimitação de sua fiscalização.

O magistrado teria que aferir a eventual responsabilidade civil do Estado na sua função legislativa, ao deixar de disciplinar medidas de segurança em parques aquáticos.

Em primeira instância, o Estado foi condenado ao pagamento de indenização pela referida omissão, a qual foi confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em sede recursal.

O recurso do Estado ao Tribunal da Relação foi instruído com parecer do José Joaquim Gomes Canotilho, que defendia não existir relação entre a falta de lei específica e a morte das crianças, pois a culpa pelo acidente deveria ser imputada tão somente à empresa (Aquaparque).

¹⁴⁸ BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Curso de Direito Constitucional**. t. 2, v. 2. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 753.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 762.

O referido tribunal alterou os valores indenizatórios, porém manteve o mérito do *decisum* anterior.¹⁵⁰

Embora o Estado português tenha recorrido para o Supremo Tribunal, a Ministra da Justiça, Celeste Cardona, manifestou disponibilidade para encerrar o assunto por via extrajudicial.¹⁵¹ Os termos do acordo entre o Ministério da Justiça e a família das crianças não foram divulgados.

O caso é reconhecido como ativista, uma vez que o julgador teve que criar uma norma, considerando a omissão do legislador ordinário, imiscuindo-se em seara que não é própria de sua competência.

Outro exemplo semelhante a ser citado, na área do Direito das famílias, se refere ao prazo de caducidade relativo à ação de investigação de paternidade, no qual o Supremo Tribunal de Justiça português (Acórdão n. 488/2018, corroborado pelo acórdão recente do processo n. 1731/16.9T8CSC.L1.S1, de 14 de maio de 2019) entendeu inconstitucional o n. 1.º do artigo 1817, do Código Civil, que estipulava prazo de 10 anos, relativo ao direito de investigar e impugnar a paternidade, face ao confronto com os direitos fundamentais dispostos no art. 26, n. 1, dentre outros, da Constituição da República Portuguesa.

Destaque-se trecho do julgado no processo n. 1731/16.9T8CSC.L1.S1:

No direito comparado, países europeus congêneres do nosso, como a Espanha, a Itália e a Alemanha, e ainda os países de língua portuguesa, como o Brasil e os países africanos (Cabo Verde e Angola), adoptaram na sua legislação civil uma solução de inexistência de qualquer prazo de caducidade para intentar a acção de investigação de paternidade.¹⁵²

Embora trate-se de controle de constitucionalidade realizado em relação à legislação infraconstitucional, alguns autores entendem que a hipótese seria de ativismo, uma vez que a legislação dispunha de prazo específico de caducidade, não devendo o Poder Judiciário se imiscuir na função legislativa.

¹⁵⁰ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação n. 0035211**. JTRL 00042009. Relator: Adriano Morais. Votação: Unanimidade. Decisão: Provido. Lisboa, 07 maio 2002.

¹⁵¹ PUBLICO.PT. **Estado paga hoje aos pais das vítimas do caso Aquaparque**. Lisboa; Porto, 29 jul. 2002. Disponível em: <https://www.publico.pt/2002/07/29/sociedade/noticia/estado-paga-hoje-aos-pais-das-vitimas-do-caso-aquaparque-166137>. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁵² PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n. 1731/16.9T8CSC.L1.S1**. 1ª Secção. Votação: Unanimidade. Decisão: Concedida a revista. Lisboa, 14 maio 2019.

4.4. Instrumentos apontados pela doutrina brasileira como métodos de controle do ativismo judicial

4.4.1. *Diálogo institucional*

Konrad Hesse, ao descrever a força normativa da Constituição, enfatiza que a norma constitucional não tem existência caso interpretada de forma dissociada da realidade em que está inserida, a fim de que sua eficácia vigore. Não se olvidando, inclusive, do sustentáculo axiológico que é advindo das relações sociais concretas.¹⁵³

Prossegue dizendo que as condições para a realização de uma constituição advêm das forças sociais e políticas; não pode, assim, se dissociar de sua efetividade, devendo haver uma junção entre as forças condicionantes de sua realidade e de sua normatividade, a fim de que esta tenha sua plenitude – uma verdadeira simbiose entre a constituição jurídica e a condição real.

Para tanto, é indispensável que haja vontade política das instituições para que exista o correto alcance das normas constitucionais. Sem que haja vontade política das instituições constituídas, nada disso se fará possível. A efetividade das normas traduz-se na vontade da constituição.

A vontade da Constituição depende também do equilíbrio entre os três poderes, muito embora possa ocorrer, em determinado período, preponderância de um sobre o outro.¹⁵⁴

Atualmente, com o rápido desenvolvimento da sociedade globalizada, constata-se que a lei fica cada vez mais obsoleta em relação a determinadas questões, principalmente no que se refere aos direitos humanos assegurados constitucionalmente.

Como consequência desse fenômeno, percebe-se que cada vez mais questões morais e políticas são submetidas à apreciação das cortes constitucionais, a fim de que sejam concretizados direitos e garantias cuja evolução a lei não acompanha, aumentando, assim, o raio de incidência da jurisdição constitucional.

¹⁵³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14-15.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 19-20.

Rodrigo Brandão, em obra dedicada ao tema, aposta no modelo dialógico entre os Poderes, asseverando que a articulação entre Governo e o respeito aos direitos fundamentais é basilar. Assevera:

Acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas, o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos Poderes, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal.¹⁵⁵

Ademais, a estruturação do Estado Constitucional também deve ser considerada quando da atuação do Poder Judiciário, com vistas a respeitar o equilíbrio entre os poderes constituídos – de acordo com o que se salientou anteriormente – e preservar a dialética constitucionalmente estabelecida, culminando, dessa forma, em um diálogo saudável e equilibrado entre os poderes estruturantes do Estado.¹⁵⁶

O modelo mais conhecido em nível mundial, que inspira a temática no Brasil, se refere à Corte Constitucional Canadense e se mostra de primordial importância quando nos referimos a mecanismos de controle ao ativismo judicial.

A Carta Constitucional daquele país prevê diversos dispositivos que equiparam, na prática, os poderes conferidos ao legislativo e ao judiciário, o que possibilita tornar efetivo o diálogo institucional.¹⁵⁷ Inclusive, em memorável artigo de Peter Hogg e Alison Bushell, datado da década de 90, os autores concluem que as

¹⁵⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 404-405.

¹⁵⁶ ARAÚJO, Luis Claudio Martins de; MORAES, Guilherme Braga Peña de. Contramajoritarismo dialógico-argumentativo e legitimação das expectativas institucionais: o papel estabilizador das cortes nas sociedades complexas. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 923-943, 2018, p. 937.

¹⁵⁷ "Why is it usually possible for a legislature to overcome a judicial decision striking down a law for breach of the Charter? The answer lies in four features of the Charter. (1) section 33, which is the Power of legislative override; (2) section 1, which allows for "reasonable limits" on guaranteed Charter rights; (3) the "qualified rights," in sections 7, 8, 9 and 12, which allow for action that satisfies standards of fairness and reasonableness; and (4) the guarantee of equality rights under section 15(1), which can be satisfied through a variety of remedial measures. Each of these features usually offers the competent legislative body room to advance its objectives, while at the same time respecting the requirements of the Charter as articulated by the courts" (HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The "Charter" dialogue between Courts and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 82).

Cortes são, em sua maior parte, compostas por juízes de meia idade que não são eleitos democraticamente, refletindo os seus próprios valores nas decisões.

No entanto, a Carta Constitucional Canadense, sob análise no aludido estudo, permite sempre uma resposta do poder legislativo, cujo corpo foi eleito pelo povo e constitui, portanto, uma resposta democrática ao embate travado entre ambos os poderes¹⁵⁸, tendo em vista que a revisão judicial faz parte do diálogo institucional.¹⁵⁹

Dessa forma, no caso do Canadá, há, na própria Constituição, uma saída democrática para a expansão desenfreada e sem limites do ativismo judicial, caso seja aplicado de forma desmedida.

A proposta do diálogo institucional, assim, se configura como uma saída para esse aparente desequilíbrio entre os poderes, a fim de servir como um possível meio de frenagem ao ativismo.

4.4.2. *A nova Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro*

A nova lei de introdução sofreu alterações recentes por meio da Lei n. 13.655, de 2018, ressaltando-se o constante do seu artigo 20, em que afirma a necessidade de análise das consequências na tomada das decisões para fins de fundamentação.

Não obstante exista discussão doutrinária quanto ao referido artigo, se legítimo ou não quanto à atividade jurisdicional, importante consignar que o consequencialismo, como elemento de tomada de decisões, pode vir a funcionar como forma de contenção.

A partir da edição da Lei, os juízes devem avaliar e concluir, motivadamente, com base na realidade, e não apenas por meio de abstrações jurídicas. Assim dispõe o dispositivo legal:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato,

¹⁵⁸ HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The “Charter” dialogue between Courts and Legislatures. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 105.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 79-80.

ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Como ressalta Fábio Martins de Andrade,

O artigo 20 cuida do dever de medir consequências nas decisões públicas, dispondo que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Isso vale para as esferas administrativa, controladora e judicial.

Em complemento, o parágrafo único do artigo 20 estabelece que a motivação da decisão demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.¹⁶⁰

Através do dispositivo supramencionado, as decisões não poderão ser retóricas ou simplesmente principiológicas, carecedoras de motivações que a justifiquem, e não somente alegações esvaziadas de uma análise prévia de todos os elementos que compõem o processo.

O julgador é obrigado a proferir decisões que não estejam eivadas de voluntarismo, improvisações, que acarretariam a sua nulidade, uma vez que os atos estatais devem observar um caráter concretista, dentro do mundo jurídico, fugindo a possíveis interpretações correlacionadas tão somente à consciência do magistrado, conferindo ao *decisum* um aspecto de caráter pessoal.

Nesse sentido, ressalte-se que a avaliação das consequências legalmente determinadas pode ser realizada pelo roteiro da proporcionalidade analisando-se a adequação (conforme item 4.1, página 49-50 deste trabalho, relacionado à ponderação), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito a fim de conjugar os valores contrapostos.

Marçal Justen Filho assevera que a principal finalidade do dispositivo em comento é a redução do subjetivismo, por meio da obrigação do exame do caso concreto, restando possível a avaliação das alternativas pelo filtro do princípio da proporcionalidade.

Assevera o referido professor:

Nessas situações, surge a oportunidade para o simplismo decisório. Diante da dificuldade do caso, pode ocorrer de a autoridade optar por uma decisão superficial, que não reflete a complexidade do

¹⁶⁰ ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei nº 13.655/18**: proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 117.

problema, nem traduz uma avaliação efetiva quanto à solução mais adequada. É nesse sentido que Carlos Ari Sundfeld aludiu a ‘preguiça’ do agente investido da competência decisória, numa linguagem provocativa. Trata-se não necessariamente de uma ausência de dedicação do agente estatal, mas também de uma espécie de ceticismo quanto à viabilidade ou utilidade de aprofundamento. A decisão simplista supera a controvérsia mediante invocação a normas abertas – tão abertas que poderiam conduzir a conclusões até opostas àquela efetivamente adotada.¹⁶¹

Complementando o disposto no artigo 20 e seu parágrafo único, também diz respeito à necessidade de uma segurança para a aplicação das normas a regra do artigo 30, seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.
Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Constata-se que o supracitado artigo adiciona maior segurança jurídica ao que já vem estatuído no artigo 20 e seu parágrafo único.

Tais dispositivos buscam o respeito às decisões, tanto na dimensão horizontal quanto na vertical, de modo que se consiga colocar *a latere* possíveis interferências externas, a fim de que todos sejam tratados da mesma forma perante o direito, na busca de uma ordem jurídica estável e previsível.

Em compasso com o Código de Processo Civil de 2015, as alterações promovidas pela Lei n. 13.655 de 2018 também tiveram a finalidade de buscar a uniformização dos entendimentos proferidos na seara administrativa, item esse que mereceu atenção especial de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras Freitas, nos seguintes termos:

[...] a interpretação materializada por intermédio da norma veiculada pelo ato administrativo paradigma (seja uma súmula, uma decisão, uma normatização, ou um parecer jurídico) será construída e aplicada no âmbito da mesma entidade administrativa (a exemplo de

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Direito Público na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, ed. especial, p. 13-41, out. 2018, p. 15, 22, 24.

uma súmula que terá o condão de vincular a autarquia que a expediu).¹⁶²

Além da contribuição normativa representada pela Lei n. 13.655/2018, o próprio Código de Processo Civil, como se verá adiante, carrega mudanças que auxiliam no controle do ativismo judicial.

4.4.3. Inovações do Código de Processo Civil de 2015

No direito brasileiro, as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 são consideradas, por grande parte da doutrina, como método de restrição a um possível ativismo judicial.

Dentre eles, indiquem-se aqueles constantes do artigo 927 do CPC de 2015¹⁶³, que, inclusive, reforça alguns itens a serem observados pelos magistrados ao proferir o *decisum*, que já constavam na Constituição da República, tais como: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (artigo 102 da CRFB/88), bem como os enunciados de súmula vinculante (artigo 103-A da CRFB/88, este por inclusão da Emenda Constitucional n. 45 de 2004), além de criar novos meios para que os juízes observem, obrigatoriamente, em seus julgamentos, acórdãos proferidos em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o Incidente de Assunção de

¹⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova LINDB e a incorporação da teoria dos precedentes administrativos ao país. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opiniao-lindb-teoria-precedentes-administrativo>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹⁶³ “Artigo 927: Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

Competência (IAC) e em sede de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Alguns desses mecanismos merecem maior destaque, como a Súmula Vinculante, por exemplo, atualmente também prevista no Código de Processo Civil de 2015, mas a sua criação se deu em nível constitucional.

As referidas súmulas, hoje previstas na legislação processual civil brasileira, advieram da reforma do judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e não foi imune a determinada polêmica, conforme dispõe o artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Na realidade, tal polêmica remonta à época em que o Brasil ainda era império, mais precisamente ao ano de 1876, em que foi implementado o Decreto n. 6.142, que, em seu artigo 2.º, previu os denominados assentos com força de lei, que permitiam ao então Supremo Tribunal de Justiça brasileiro interpretar julgamentos distintos proferidos por diferentes juízes quando da execução das leis do império brasileiro, e,

De lá para cá, a ideia não tem agradado a todo. O próprio Nabuco nos relata que o Conselho de Estado inadmitiu os assentos da

jurisprudência com força de lei, sob o argumento de que subverteriam princípios basilares da hermenêutica, pois, se ao Legislativo incumbe a exegese autêntica do Direito, ao Judiciário cabe a sua interpretação doutrinária. Esse seria o motivo que justificaria a não aceitação dos assentos – figura congênere ao que hoje chamamos súmula vinculante.¹⁶⁴

De todo o modo, apesar de a súmula ter sido positivada apenas em 2004, o efeito vinculante não era novidade no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a par da ação declaratória de constitucionalidade, inserida no texto constitucional, a partir da Emenda Constitucional n. 3/1993.

Anteriormente ao ano de 2004, súmulas “tradicionais” tinham a função de servir como precedentes cuja adoção era facultativa em casos semelhantes, e sua obrigatoriedade ficava adstrita às partes de determinada demanda sob análise.

Na atualidade, as súmulas não possuem tão somente eficácia persuasiva, e sim vinculantes de fato. Sobre o tema, bem destaca Alexandre Câmara:

Assim, preenchidos os requisitos constitucionais (controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; risco de grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre a mesma questão jurídica), e a partir de reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal edita enunciados de súmula que vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta ou indireta (federal, estadual, distrital ou municipal), de modo que *tais órgãos judiciários ou administrativos não podem deixar de aplicar o entendimento consolidado em verbete de súmula vinculante*.¹⁶⁵

Desta feita, constata-se que as súmulas vinculantes possuem eficácia *erga omnes*, inclusive em relação aos órgãos do próprio poder judiciário e da Administração Pública direta e indireta.

Por conseguinte, conquanto constem com menos de 20 anos de aplicação, sua origem também remonta à *common law* inglesa e são oriundas do brocardo *stare decisis et quia non movere*. Já no que se refere ao direito estadunidense, as súmulas vinculantes, bem como é o caso dos precedentes, equiparam-se às *stare decisis*,

[...] pelo qual a Suprema Corte assegura aos indivíduos segurança e igualdade de entendimento na exegese de casos polêmicos e

¹⁶⁴ NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**, p. 230, 234 *apud* BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1168.

¹⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 382, grifos nossos.

repetidos. Todos, sem exceção, do Presidente da República ao cidadão americano, acatam as decisões da Suprema Corte, num fervor quase religioso.¹⁶⁶

Outrossim, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em contraposição, afirma que a possibilidade de a Corte Superior efetivar interpretações conforme a Constituição, declaração de nulidade sem redução de texto, bem como a edição da súmula vinculante, poderá vir a permitir a transformação do Poder Judiciário em verdadeiro legislador positivo, de forma a ofertar interpretações a partir de princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional, conduzindo a elevado grau de subjetivismo, o que, como vimos, é indesejado.¹⁶⁷

Apesar das divergências, o direito brasileiro vêm conferindo maior eficácia vinculante a diversas decisões, a partir do Código de Processo Civil.

Existem severas críticas doutrinárias quanto à imprecisão do termo *precedentes*, utilizado pela legislação processual civil brasileira em seu artigo 926¹⁶⁸; o certo é que houve mudança significativa no cenário jurídico, principalmente no que diz respeito à jurisprudência e às súmulas.

Isso porque o Código de Processo Civil conferiu força vinculante a partir de um único julgamento proferido em sede dos instrumentos processuais denominados Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR) e Incidente de Assunção de Competência (IAC), os quais serão adiante delineados.

Por sua vez, as súmulas, que anteriormente eram dirigidas aos órgãos judiciais, hoje servem como respaldo para a interpretação do direito “para o sistema da administração da justiça civil” e “para a sociedade civil em geral”¹⁶⁹.

Nota Daniel Amorim que a uniformização de jurisprudência é essencial.

A harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões

¹⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1167.

¹⁶⁷ MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 267-285, jan./dez. 2011-2012, p. 267-268. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67946/70554>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹⁶⁸ MARINONI, Luís Guilherme. **Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 642-643.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 643-644.

longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência.¹⁷⁰

Além disso, a legislação processual tem o intuito de instituir o *stare decisis* vertical, que nada mais é do que a consequência do *stare decisis* horizontal, pois, uma vez que o Poder Judiciário é considerado uma unidade em si mesmo, em que os precedentes são respeitados pelos tribunais, estes também valerão para os jurisdicionados.¹⁷¹

O *stare decisis* é instituto oriundo do sistema do *common law* inglês e com este não se confunde, sendo considerados, na verdade, fonte do direito. Nesse sistema, o Poder Legislativo se respaldava nas leis para elaborar a legislação inglesa, e daí se origina o termo *due process of law*, tendo em vista considerarem-se antes as decisões judiciais advindas dos casos concretos para, posteriormente, elaborar-se a legislação.¹⁷²

Inclusive, como prelecionou Humberto Theodoro Júnior¹⁷³,

Num país tradicionalmente estruturado no regime do *civil law*, como é o nosso, a jurisprudência dos tribunais não funciona como fonte primária ou originária do direito. Na interpretação e aplicação da lei, no entanto, cabe-lhe importantíssimo papel, quer no preenchimento das lacunas da lei, quer na uniformização da inteligência dos enunciados das normas (regras e princípios) que formam o ordenamento jurídico (direito positivo).

No Brasil, apesar dos avanços legais e jurisprudenciais, ainda se constata a prevalência da lei, considerando-se que herdamos a tradição do *civil law*. Necessário salientar, entretanto, que os precedentes vêm evoluindo a tal ponto que possuem força obrigatória, constituindo fonte do direito.¹⁷⁴

Considerando-se a mudança de panorama, o Código de Processo Civil brasileiro deu relevância não apenas à letra da lei, mas também deu grande

¹⁷⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1393.

¹⁷¹ MARINONI, Luís Guilherme. **Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 646-647.

¹⁷² *Id.* **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

¹⁷³ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3, 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 792.

¹⁷⁴ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 183.

destaque à jurisprudência, reconhecendo a importância da interpretação legal pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário.

É possível verificar tal alteração, além do destaque conferido às súmulas vinculantes, por meio de dois institutos anteriormente citados, que devem ser abordados para a necessária uniformização da jurisprudência: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competências (IAC).

De acordo com o que preleciona Freddie Didier¹⁷⁵, ambos não se confundem, tendo em vista que o artigo 947 prevê requisitos para que seja instaurado o Incidente de Assunção de Competência.

Nos casos em que há discussão em diversos processos da mesma temática, o instrumento adequado será o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), com previsão no artigo 976 da legislação processual civil brasileira, cuja redação se transcreve:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Conforme disposto em seu próprio nome, trata-se de incidente que será instaurado em processo de competência originária dos Tribunais ou em recurso. No caso de incidência, os processos em trâmite sob o mesmo tema, durante a apreciação do IRDR, ficarão suspensos até o julgamento final.

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 631.

O procedimento do incidente caberá a outro órgão, de acordo com o regimento interno de cada estado, que, conseqüentemente, estará incumbido de julgar os casos que o originaram, de acordo com o disposto no parágrafo único do artigo 978 do Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, através do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, a competência para a apreciação do IRDR foi atribuída à Seção Cível, composta por 28 (vinte e oito) Desembargadores, conforme o artigo 5.º-A, inciso I, do RITJERJ.

A título ilustrativo, cite-se o seguinte IRDR relativo à discussão instaurada quanto à necessidade ou não do reconhecimento do julgamento conjunto entre as ações de revisão de contrato de alienação fiduciária e busca e apreensão e suas conseqüências, com a fixação da seguinte tese:

Devem ser reunidos, para julgamento conjunto, na forma do art. 55, § 3º, do CPC, os processos de revisão de contrato de alienação fiduciária de bem móvel e de busca e apreensão do mesmo bem, observando-se o procedimento comum e nele se adotando as técnicas especiais do procedimento especial da busca e apreensão, na forma do art. 327, § 2º, do CPC, especialmente: (1) a busca e apreensão liminar; (2) a purga da mora; (3) o reconhecimento da consolidação da propriedade; (4) a aferição de eventual aplicação, na sentença, do disposto no art. 3º, §§ 6º e 7º do decreto-lei 911/1969; (5) em casos excepcionais, tendo sido a "ação de revisão" regularmente proposta, cumprido o art. 330, § 2º do CPC, efetuado o depósito das quantias incontroversas e demonstrada, de forma clara, a probabilidade do direito do mutuário, poderá ser indeferida ou revogada a medida de busca e apreensão, caso ainda não tenha sido alienado o bem, na forma do art. 2º do decreto-lei 911/69.

O processo paradigma, que deu ensejo à tese acima citada, possui a seguinte ementa:

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Discussão acerca da necessidade ou não de reunião, para julgamento conjunto, dos processos que têm por objeto a busca e apreensão de bem móvel alienado fiduciariamente e a revisão do contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária. Existência de risco de decisões conflitantes ou contraditórias, a justificar a reunião dos processos mesmo não havendo conexão entre eles, na forma do art. 55, § 3º,

do CPC. Possibilidade de reunião dos processos ainda que pareça haver incompatibilidade entre os procedimentos. Incompatibilidade que é só aparente. Emprego do procedimento comum, nele sendo utilizadas as técnicas processuais diferenciadas estabelecidas para o procedimento especial, na forma do art. 327, § 2º, do CPC. A reunião dos processos é compatível com o enunciado 380 da súmula de jurisprudência dominante do STJ. Fixação, para fins de padronização decisória, da seguinte tese: devem ser reunidos, para julgamento conjunto, na forma do art. 55, § 3º, do CPC, os processos de revisão de contrato de alienação fiduciária de bem móvel e de busca e apreensão do mesmo bem, observando-se o procedimento comum e nele se adotando as técnicas especiais do procedimento especial da busca e apreensão, na forma do art. 327, § 2º, do CPC, especialmente: (1) a busca e apreensão liminar; (2) a purga da mora; (3) o reconhecimento da consolidação da propriedade; (4) a aferição de eventual aplicação, na sentença, do disposto no art. 3º, §§ 6º e 7º do decreto-lei 911/1969; (5) em casos excepcionais, tendo sido a "ação de revisão" regularmente proposta, cumprido o art. 330, § 2º do CPC, efetuado o depósito das quantias incontroversas e demonstrada, de forma clara, a probabilidade do direito do mutuário, poderá ser indeferida ou revogada a medida de busca e apreensão, caso ainda não tenha sido alienado o bem, na forma do art. 2º do decreto-lei 911/69. Julgamento do caso piloto: improcedência do conflito de competência, declarada a competência do juízo suscitante para conhecer e julgar em conjunto os dois processos.¹⁷⁶

Por sua vez, a assunção de competência terá cabimento em casos de grande repercussão social, sendo desnecessária a repetição do tema em múltiplos processos, consoante o estatuído no *caput* do artigo 947 do mesmo diploma legal:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

¹⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0062689-85.2017.8.19.0000**. Relator designado: Desembargador Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. Julgamento: 30 ago. 2018. Órgão Julgador: Seção Cível.

Aliás, em relação ao instituto da assunção de competência, preceitua Daniel Amorim:

No incidente de assunção de competência o próprio recurso, reexame necessário ou processo de competência originária é encaminhado para o órgão pleno, que terá dupla missão: julgá-los e fixar a tese. Por outro lado, em razão do previsto no §3º do art. 947 do Novo CPC resta indiscutível a eficácia vinculante do julgamento do incidente, tema que gerava grande polêmica doutrinária quanto ao julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência previsto no revogado art. 555 do CPC/73.¹⁷⁷

Também, no que tange à Assunção de Competência, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, a sua apreciação é atribuída à Seção Cível, nos mesmos moldes da citação anterior, nos termos do artigo 5.ºA, inciso II, do RITJERJ.

A título ilustrativo, transcreve-se a tese firmada no incidente de assunção de competência n. 1, relativamente ao referido Estado, em que se discute a convocação de candidatos para concursos públicos:

A criação de novas vagas durante o prazo de validade do certame combinada à convocação do candidato para exame médico e/ou apresentação de documentos previstos no edital vincula a Administração Pública, evidencia a necessidade do provimento do cargo e gera o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número original de vagas, mas dentro do número posteriormente ampliado de vagas.

O processo paradigma, que deu ensejo à tese acima citada, possui a seguinte ementa:

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. CRIAÇÃO DE NOVAS VAGAS POR LEI SUPERVENIENTE DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DO CARGO. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVERTE EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO E POSSE. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça bem delimitam, em termos gerais, a questão de direito, da qual se extrai, por isso mesmo, inegável relevância jurídica a justificar o presente incidente. 2. Constitui entendimento jurisprudencial assente que aquele que foi aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do concurso possui direito

¹⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1435.

subjetivo à investidura no cargo. Entretanto, a mera expectativa de direito do candidato aprovado no certame fora do número de vagas, mas dentro do prazo de validade do concurso, é convolada em direito subjetivo nos casos de comprovação da necessidade de preenchimento de mais vagas, preterimento da ordem classificatória ou contratação precária para a mesma função, como ocorre na hipótese em exame. 3. O Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da matéria no RE 598.099-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes e, posteriormente, no julgamento do Tema 784 do Plenário Virtual, reconhecido no RE 837311, consolidou a tese de que "o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima". 4. Divergência jurisprudencial evidenciada entre as Câmaras deste Tribunal sobre a questão em exame. 5. No caso em análise, a impetrante foi classificada na 46ª posição, em concurso público do Município de Campos de Goytacazes, para o cargo de técnico em farmácia, cujo edital previa inicialmente 13 vagas, sendo o resultado homologado em 18/06/2012. Em 08/05/2012, foram criadas por lei 33 vagas para o referido cargo e em 10/10/2013 mais 55 vagas, num total de 101 vagas, sendo o concurso prorrogado por mais dois anos em 26/05/2014. Apesar de convocada em 11/04/2014 para entrevista, apresentação de documentos e realização de exames médicos, não foi a impetrante nomeada até a presente data. 6. Se, de um lado, a convocação de candidatos fora do número de vagas originalmente previstas no edital constitui critério discricionário da Administração, a depender da necessidade, da conveniência e da oportunidade de provimento de mais cargos surgidos ao longo do prazo de validade do concurso, de outro, no exercício do poder discricionário que ostenta, fica a Administração inequivocamente vinculada ao ato praticado quando manifesta a necessidade de provimento dos cargos por meio da convocação de candidatos para realização de exames médicos e apresentação de documentos previstos no edital. Dessa vinculação, combinada à existência de vagas e de candidatos aptos, extrai-se que a mera expectativa de direito transmuta-se em direito subjetivo líquido e certo à nomeação, posse e exercício, a justificar a concessão da ordem. 7. Assim, para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, entendo que a tese vinculante a ser firmada, extraída dos limites fáticos e jurídicos delineados pelo mandado de segurança em análise, é a seguinte: "A criação de

novas vagas durante o prazo de validade do certame combinada à convocação do candidato para exame médico e/ou apresentação de documentos previstos no edital vincula a Administração Pública, evidencia a necessidade do provimento do cargo e gera o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número original de vagas, mas dentro do número posteriormente ampliado de vagas.¹⁷⁸

Conclui-se que ambos se diferenciam em função da relevância social, bem como no que tange à quantidade de processos em trâmite, uma vez que uma das principais finalidades do IRDR é justamente uniformizar as demandas repetitivas, objetivando, como já dito anteriormente, maior segurança jurídica.

Não apenas as súmulas e os precedentes, mas também todo o acima exposto têm destaque na ordem jurídica brasileira atual.

O Código de Processo Civil trouxe, igualmente, como inovação, o dever de o juiz motivar suas decisões quando se deparar com uma lacuna legal. Assim prescreve o §1.º do artigo 489 do aludido Código:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Os mecanismos de controle jurisdicional, e a fundamentação adequada (art. 489, CPC), tais quais os precedentes das Cortes Superiores, bem como as súmulas vinculantes, surgem justamente com a finalidade de garantir uniformidade e ausência de decisões que serão proferidas ao alvedrio político e ideológico do julgador.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. **Incidente de Assunção de Competência processo n. 0021691-75.2017.8.19.0000**. Relator designado: Elton Martinez Carvalho Leme. Julgamento: 08 mar. 2018. Órgão Julgador: Seção Cível.

Além disso, a doutrina nota com veemência que,

No Brasil e em outros países da *civil law*, todavia, buscou-se o fortalecimento dos precedentes jurisprudenciais, com todas as vicissitudes que lhes são inerentes, a fórceps e em apenas alguns poucos anos. Seu fundamento imediato não está em uma evolução gradual do sistema jurídico, como ocorreu na *common law*, mas na solução urgente da crise numérica de processos no Poder Judiciário.¹⁷⁹

Em relação a isso, pertinente que seja transcrito acórdão oriundo do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que assim reconheceu:

Processual – STJ – Jurisprudência – Necessidade de que seja observada. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido como para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.¹⁸⁰

Outrossim, a nova legislação ampliou o contraditório na forma do artigo 10, deu importância ao dever de coerência e integridade na forma do artigo 926, bem como, como vimos, estabeleceu critérios para a devida fundamentação da decisão judicial, nos termos do artigo 489.

Inclusive, conforme Ingo Sarlet, o valor *segurança jurídica* está conectado com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a estabilidade da decisão tornará viável a elaboração de projetos de vida e sua concretização. O

¹⁷⁹ ROQUE, André Vasconcelos. O dever de fundamentação analítica no novo CPC e a normatividade dos princípios. In: ALVIM, Teresa Arruda Alvim; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro** – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 32.

¹⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 228432/RS**. Origem: RS 2000/0049237-0. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 1º fev. 2002. Órgão Julgador: Corte Especial. Publicação: DJ, 18 mar. 2002.

contrário disso – a condição instável – traz a ideia de instabilidade das “instituições sociais e estatais (incluindo o Direito)”¹⁸¹.

Diante desse contexto, e de tudo o que vem sendo abordado, há de se destacar a atitude proativa do Juiz quando da apreciação da prova e das diversas maneiras de sua manifestação durante o curso processual, ensejando uma conduta ativista negativista do magistrado, o que será mais bem esmiuçado no capítulo seguinte.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006, p. 11.

5. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE ATIVISMO NA SEARA PROBATÓRIA, DIANTE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

O último capítulo desta pesquisa se refere ao campo específico da prova, em suas perspectivas de aquisição processual, repartição dos ônus e a sua valoração. Faz-se necessária a presente análise, uma vez que, no processo civil, há grandes discussões quanto ao possível ativismo nos campos indicados, os quais serão elencados separadamente nos termos abaixo.

5.1. Aquisição processual

5.1.1. *Extensão dos poderes inquisitórios do Juiz no Brasil*

Pontue-se, inicialmente, a relevância da prova no processo. Faz-se tal análise pelo fato de que os poderes instrutórios do Juiz, nessa seara, se relacionam diretamente com a importância desse elemento processual para o esclarecimento dos fatos, aproximando-se da verdade possível no sentido de obter uma decisão justa e equânime e, portanto, equidistante de um possível ativismo judicial.

Como bem pontua Luciano Dias,

A prova constitui elemento de notável imprescindibilidade no processo, pois, em suma, a partir dela é possível a obtenção de sustentação fática que conduzirá a uma solução mais compatível e coerente com a verdade e, por conseguinte, com a realização da justiça.¹⁸²

Nesse contexto, a prova é instrumento e veículo que permite a demonstração da veracidade dos elementos trazidos pelas partes no processo (alegações), e possui a finalidade de estabelecer a verdade, fixar os fatos postos no processo e conduzir ao convencimento do juiz.¹⁸³

A noção de prova é controversa na ciência processual. Conforme nos afirma Beclaute Oliveira Silva, a prova pode ser veiculada em diferentes concepções, dentre elas, a declaratória e a constitutiva.¹⁸⁴

¹⁸² DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25-26.

¹⁸³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 49.

¹⁸⁴ SILVA, Beclaute Oliveira. A prova: (in)subsistência dos modelos declaratório e constitutivo do fato. In: SILVA, João Calvão; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José, et.al (org.).

Na primeira concepção, declaratória, a prova pode ser tomada de duas formas: a) uma situação no mundo fenomênico em que ingressa como elemento objetivo apto a revelar uma verdade¹⁸⁵ que conduz a uma certeza no sujeito cognoscente e b) na perspectiva de um argumento, ou seja, destina-se a demonstrar não os fatos propriamente ditos alegados no processo, uma vez que não podem ser apreendidos e interligados a uma verdade, mas sim aos argumentos sobre tais fatos.¹⁸⁶

A segunda concepção, constitutiva da análise da prova, é obtida a partir da obra de Carnelutti¹⁸⁷, em que a função de constatação do fato tem por finalidade fixá-lo, estipulá-lo, pois o objeto da prova seriam, em regra, os fatos controvertidos.¹⁸⁸

No Brasil, Paulo de Barros Carvalho insere a noção de que a prova ingressa no processo como um enunciado linguístico, apto a constituir o fato.¹⁸⁹

Beclaute Silva finaliza sua descrição criticando ambos os modelos acima descritos, propondo uma leitura dialógica da prova como enunciado. Em suas palavras:

[...] pertinente lição de Adolf Wach, que percebeu ser a prova um argumento sem pretensão de verdade, mas apto a construir uma decisão jurídica. Assim, a prova deve ser tratada como enunciado que participa da formação do enunciado decisório, maxime a parcela que estabelece os antecedentes da norma jurídica primária e da norma jurídica secundária. Se o enunciado pode vir a ser correspondente ou não ao dado do real, se é que isso existe, é um problema do “real”. Desta feita, a relação entre prova e fato são relações estabelecidas entre enunciados (enunciados prova e enunciados fatos) que irão compor a decisão jurídica. Isso se revela interessante, pois nada impede que um sentido do enunciado que não fora utilizado pelo magistrado para construir a norma solução

Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017. p. 1-28, p. 8-19.

¹⁸⁵ Pontue-se que não é objetivo desta pesquisa discutir as diversas concepções do termo *verdade*, mas delimitar que a concepção de prova, sob esta perspectiva, está interligada a tal conceito para a obtenção de algum grau de certeza, probabilidade ou verossimilhança ao julgador, a fim de proferir a decisão judicial.

¹⁸⁶ SILVA, Beclaute Oliveira. A prova: (in)subsistência dos modelos declaratório e constitutivo do fato. In: SILVA, João Calvão; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José, et.al (org.). **Processo civil comparado:** análise entre Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017. p. 1-28, p. 8-16.

¹⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil.** Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, *passim*.

¹⁸⁸ SILVA, Beclaute Oliveira, *op. cit.*, p. 16-19.

¹⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008, p. 824.

para o caso, seja depois usado, pelo Tribunal, para construir uma nova decisão.¹⁹⁰

Não obstante a controvérsia, considerando a importância desse elemento processual, a doutrina brasileira, em sua grande parte, defende a atuação mais efetiva do julgador quanto à atividade probatória.

Não deve o Juiz simplesmente ser um observador estático do que vem a se desenvolver diante de seus olhos no processo, até mesmo porque a busca da verdade possível interessa não apenas às partes, ou àqueles que intervierem nos autos, mas também ao Estado Juiz.

A atividade jurisdicional deve estimular a correta imposição da norma ao caso concreto, desenvolvendo o devido processo legal substancial por meio de um provimento justo, portanto.

A normatividade constitucional brasileira impõe, por via do escopo social da jurisdição, a pacificação do conflito pela valorização do aspecto probatório, a fim de conferir qualidade às decisões.

Tanto é assim, que o acesso efetivo à prova é considerado como direito fundamental inserido no campo do acesso à justiça, devido processo legal e seus consectários da ampla defesa e contraditório.

Asseveram Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

No Estado Constitucional, o juiz dispõe sobre os meios de prova, podendo determinar as provas necessárias à instrução do processo de ofício ou a requerimento da parte. A iniciativa probatória é um elemento inerente à organização de um processo justo, que ao órgão jurisdicional cumpre zelar, concretizando-se com o exercício de seus poderes instrutórios tanto a igualdade material entre os litigantes como a efetividade do processo. É mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a “verdade” dos fatos seja construída indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz. A necessidade de imparcialidade judicial não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Imparcialidade e neutralidade não se confundem.¹⁹¹

¹⁹⁰ SILVA, Beclaute Oliveira. A prova: (in)subsistência dos modelos declaratório e constitutivo do fato. In: SILVA, João Calvão; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José, et.al (org.). **Processo civil comparado**: análise entre Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017. p. 1-28, p. 23.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 479.

Nesse sentido, faz-se possível a defesa da atuação oficiosa do julgador para a aquisição da prova. Porém, tal atuação se dá de maneira complementar à atividade da parte, e não de forma direta e sem condicionamentos.

De fato, inexistente um poder discricionário absoluto do Juiz na seara probatória. O artigo 370 do CPC brasileiro de 2015 expõe que é dever do Juiz velar pela produção de provas imprescindíveis para a resolução do conflito, porém, ao fazê-lo, sua iniciativa deve ser realizada comedidamente, de forma moderada.

Atribuir poderes probatórios ao magistrado, por si só, não conduz à ideia de autoritarismo processual. Nesse sentido, esclarece Augusto Barnabé:

O juiz, apesar de amplos poderes, denominada, por uma certa corrente de autoritarismo, não tem poderes ilimitados, incontroláveis e absolutos. O juiz é o guardião da justiça, com poderes atribuídos por lei e controlados. Na busca da verdade não se substitui a parte. Apesar dos poderes gerais que ostenta ao nível da prova, tais poderes se configuram como acessórios e integrativos, respeitando ele a iniciativa instrutória da parte, no dizer de TARUFFO il processo sai una cosa privata delle parti.¹⁹²

A admissibilidade de uma prova dentro de um processo é uma questão prévia, sendo necessário que sobre ela se manifestem as partes. Por sua vez, o juiz, em sua decisão, deverá fundamentar os motivos pelos quais admitiu sua produção como prova.

Afirma, assim, Francisco Jorge Coimbra:

De um modo geral, nas causas que versam sobre matéria de fato, a instrução processual é, sem dúvida, uma das atividades mais importantes do processo, visto que, por seu intermédio, se produzem as provas com as quais o juiz resolve as controvérsias entre as partes e julga a lide, atuando o direito objetivo ao caso concreto. No entanto, os poderes atribuídos ao juiz para a instrução probatória variam muito de um ordenamento jurídico para outro, a depender de inúmeros fatos, que vão desde a tradição cultural do país até a escolha ideológica do legislador processual.¹⁹³

Conforme já afirmado, no direito processual civil brasileiro, a iniciativa quanto à produção das provas é conferida, em geral, às partes. Tratando-se de ônus, há uma liberdade para que a parte possa praticar o ato processual, em seu próprio

¹⁹² BARNABÉ, Augusto Ngongo. **Direito probatório**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 101. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35121/1/Direito%20probatorio.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

¹⁹³ COIMBRA, Francisco Jorge. **Juiz, prova e instrução processual**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 13.

interesse, ou não. É nesse sentido que se diz que, a princípio, não deve o Juiz imiscuir-se na seara probatória, seja no momento da aquisição da prova, seja de sua produção.

Cássio Benvenuti de Castro afirma que tal ônus possui funcionalidade dupla: subjetiva e objetiva. A primeira função se refere à regra de instrução, ou seja, configura uma posição jurídica que desempenha uma função de promoção, enquanto a segunda se trata de uma regra de julgamento, assumindo uma feição resolutória.

Em uma perspectiva ou outra (subjetiva ou objetiva), não deveria o Juiz substituir, pura e simplesmente, as partes em seu ônus de provar os fatos que alegam. Essa é a regra e está disposta, de forma expressa, no artigo 373 do CPC/15, que assevera que incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

É nesse sentido, inclusive, que o Código de Processo Civil brasileiro indica que compete ao autor especificar já na petição inicial os meios pelos quais pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (artigo 319, VI do CPC/15), bem como que, em relação ao réu, este deve, igualmente, indicar e especificar as provas na contestação (artigo 336 do CPC/15).

Da mesma forma, a juntada dos documentos deve ser realizada, em regra, na inicial ou na defesa, nos moldes do art. 434 do mesmo diploma processual civil.

É nesse contexto que se diz que há um procedimento probatório que deve ser observado, tanto pelas partes como pelo juiz da causa. Há quatro fases a se considerar: proposição, admissão, produção e, por fim, valoração da prova.

Consigne-se que, quando o Juiz entende ser necessária, útil e cabível uma determinada prova não proposta por alguma das partes, as duas primeiras fases acima citadas (proposição e admissão) são substituídas por uma “ordenação oficial de provas”¹⁹⁴. Não obstante, como já asseverado, a extensão dos poderes instrutórios do Juiz é reconhecida pela doutrina brasileira, desde que tal extensão não comporte a quebra da imparcialidade do julgador e a não observância do princípio da isonomia entre as partes.

¹⁹⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 78.

Nesse sentido, fundamentando o papel de relevância da prova na resolução dos conflitos, assevera Vitor de Paula Ramos que, “quanto mais completo for o material probatório, mais corroboradas estarão tendencialmente as hipóteses fáticas; mais a prova terá, possivelmente, condições de se aproximar da verdade; mais justo será o processo”¹⁹⁵.

Sob esse aspecto, o poder de iniciativa probatória e aquisição processual de ofício, é importante ressaltar, a título de ilustração, a preocupação da legislação de outros países europeus, como é o caso italiano¹⁹⁶, em afirmar a prevalência da disposição das provas pelas partes, ressaltando apenas excepcionalmente a iniciativa pelo juiz, considerando a preocupação com o fato de que um maior ativismo possa vir a comprometer a necessária imparcialidade na valoração de tais elementos de prova.

Comparativamente, o modelo brasileiro consagra o poder de iniciativa probatória do juiz por meio de uma busca incisiva à verdade. Ao fazê-lo, diferencia-se quanto à determinação da prova de ofício de modelos que têm por base o caráter privatista, de supremacia do princípio dispositivo.

Ainda sobre o tema, discorre Joan Picó i Junoy:

A tão pretendida doutrina do *ius commune* não é a que atualmente se afirma (*iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium* ou similares), pois o brocardo utilizado foi transcrito erradamente, o que incidiu de forma direta não só sobre seu alcance senão também sobre sua finalidade. Assim, como se demonstrará, o verdadeiro brocardo é o seguinte: “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”, pelo que dita doutrina unicamente pretendia destacar os limites cognoscitivos do juiz que devem refletir-se em sua sentença (*iudex iudicare debet*), a saber, os fatos segundo foram alegados e provados no processo (*secundum allegata et probata*), devendo rechaçar-se qualquer conhecimento privado (*conscientiam*) que o juiz pudesse ter dos mesmos.

Como se pode comprovar, na formulação atual do brocardo (por parte da maioria da doutrina processual civil), existe uma dupla – e errônea – modificação: por um lado, acrescenta-se a expressão *et non secundum conscientiam*, alterando-se assim em substância sua verdadeira finalidade.

Em consequência, o brocardo não tem por objeto indicar a maior ou menor faculdade de iniciativa probatória do juiz, senão coisa bem

¹⁹⁵ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas *In*: DIDIER, Fredie (coord.). **Direito probatório**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 127.

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti giudice in Europa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano 6, v. 60, n. 2, p. 431-482, 2006.

distinta, que faz referência à impossibilidade de permitir o conhecimento privado do juiz e a congruência da sentença.¹⁹⁷

Com efeito, como já asseverado, no modelo de processo estribado no princípio dispositivo, as partes são livres para ir de encontro aos seus interesses privados e reclamá-los ou não, judicialmente, na medida em que estimem oportuno, dispensando, *a priori*, a iniciativa proativa do Juiz diante da instrução processual.

Entretanto, a afirmação acima não afasta, de modo absoluto, a ideia de que o juiz que participa de forma mais ativa no processo é indesejado, em determinadas hipóteses.

Por vezes, o debate com as partes, por meio de troca de informações e experiências, poderá acarretar a formulação do convencimento de maneira mais ampla e justa, nos moldes de um contraditório dinâmico.

É nesse sentido que ganha força no Brasil a doutrina pela viabilidade de atuação mais incisiva do Juiz no momento de aquisição e instrução probatória, admitindo-se, no processo, todos os meios de prova existentes que sejam relevantes e necessários para o esclarecimento dos fatos controvertidos (artigo 332 do CPC/15).

Assevera Marcus Gonçalves: “é dever do juiz proferir a melhor sentença possível, e, para isso, é indispensável que os fatos sejam aclarados”¹⁹⁸, o que conduz ao entendimento de que o julgador poderá atuar de forma oficiosa na instrução probatória.

O Juiz, nesta perspectiva, possui o dever de fomento do debate, da participação dos interessados no curso do procedimento. Assevera Marcelo Abelha: “não basta que as partes lutem com as armas que disponham, sob a fiscalização de um juiz preocupado exclusivamente em prevenir ou reprimir as eventuais infrações das regras da disputa [...]”¹⁹⁹.

Em interessante passagem, que merece ser transcrita, complementa o mesmo autor, Abelha Rodrigues:

¹⁹⁷ JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**: estudos da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum alegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 31.

¹⁹⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 470.

¹⁹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 212.

O trabalho investigativo, repita-se, não é a favor de A ou B, mas em prol da justiça, e é assim que deve ser visto. É inconcebível que, nos dias de hoje o juiz deva se esquecer de conhecer uma situação, para ele duvidosa e com chances de ser elucidada, se tal ou qual fato não for trazido pela parte. Não se trata de ser testemunha (seria impedido o juiz nesse caso), mas de buscar o conhecimento de algo sobre que julga ser possível convencer-se. Sair da inércia não representa perder o juízo, ou melhor, a imparcialidade, senão pelo contrário, evitar que a sua omissão seja, esta sim, parcial.²⁰⁰

O Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário brasileiro que possui competência para a interpretação da legislação infraconstitucional, já assentou o entendimento de que o juiz possui o poder de iniciativa probatória, podendo utilizá-la em qualquer fase processual. Nesse sentido, transcreve-se a ementa abaixo do julgamento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, PELA INSTÂNCIA RECURSAL DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. ARTIGO 370 DO CPC (130 DO CPC/73). POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

SÚMULA 83/STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação de Prestação de Contas movida pelo Ministério Público do Amazonas em desfavor de Fundação que presta apoio à Universidade do Estado do Amazonas, com fulcro nos dispositivos do Código Civil que regem a matéria. Na sentença foi julgado improcedente o pedido. Por sua vez, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público para anular a sentença proferida em primeiro grau.

2. **O juiz tem o poder de iniciativa probatória, inclusive para determinar a produção das provas que julgar necessárias à solução da lide. Esta prerrogativa pode ser utilizada em qualquer fase do processo.** Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 416.981/RJ, Rel.

Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 28.05.2014; REsp 382.742/PR, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 26.04.2006; AgRg no Ag 1.345.439/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 07.06.2011.

3. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 4. Recurso Especial não conhecido.²⁰¹

²⁰⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.818.766/AM**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em: 20 ago. 2019. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 18 out. 2019, grifos nossos.

Assertivas como essas nos levam a crer que, no direito processual civil brasileiro atual, o escopo publicista superou a privatista no sentido de que o julgador possui uma postura mais ativa, pela busca da correta distribuição das forças no processo, com o fim de alcance da melhor decisão, a partir da instrução probatória (adquirida por meio da conduta das partes ou determinada oficiosamente pelo julgador).

5.1.2. O artigo 411 do CPC Português

Adentrando no sistema jurídico português, na parte relativa à aquisição processual da prova, incumbe citar os artigos 411 do Código de Processo Civil Português: “Art. 411. Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

Verifica-se que o magistrado goza da faculdade de, de ofício, solicitar as provas que entender necessárias quanto aos fatos e sua qualificação, independentemente do ato da parte. Todavia, complementa o artigo 412 sobre os fatos que dispensam a necessidade de realização de instrução probatória.

Comparativamente, é possível observar, conforme o faz Patrícia Tavares, que a doutrina moderna, tanto no Brasil como em Portugal, admite a possibilidade de algum grau de poder instrutório do juiz, voltados para a análise probatória de ofício. A divergência se relaciona ao alcance desses poderes *ex officio*, uma vez que um dos limites aos poderes instrutórios do juiz está no objeto do processo, definido pelos pedidos e pela causa de pedir, conforme consta do disposto no artigo 5.º, número 1, do Código de Processo Civil português que expressamente dispõe que, “Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”²⁰².

Afirme-se, mais, que, quando o Juiz defere ou não a produção de prova ou autoriza a sua produção de ofício, deve conceder às partes a oportunidade de manifestar-se sobre elas, em prol do direito à defesa e contraditório, o que, igualmente, funciona como um limitador à sua atividade probatória.

²⁰² TAVARES, Patrícia Leite. **Alcance e limites dos poderes instrutórios do juiz no Processo Civil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 79-83.

Dispõe expressamente, quanto a tal dever de consulta, o n. 3 do artigo 3.º do Código de Processo Civil Português:

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem.²⁰³

Nesse sentido relativo à aquisição da prova, Maria dos Prazeres, em texto que analisa o ativismo judiciário nesta matéria, expõe que uma das questões mais difíceis a ser resolvida pelo legislador é exatamente essa: como harmonizar os poderes do juiz e das partes no processo civil.

Narra que são conhecidas duas respostas básicas quanto à *quaestio*: o princípio dispositivo e o inquisitório, ressaltando que, diante dos fundamentos teóricos amplamente conhecidos, em um processo que tutela direito privado em que estão em jogo direitos disponíveis, o mesmo deve refletir o próprio direito material, e, assim, cabe às partes decidir sobre o início do processo e da marcha subsequente, definir o seu objeto e delimitar os fatos pelos quais o Juiz exercerá a cognição.

Com efeito, sob a lógica liberal, a disponibilidade e autorresponsabilidade das partes são elementos centrais, enquanto que, por outro lado, no modelo inquisitório, é o caráter público dos direitos e do processo que sobressai, a ponto de conferir ao Juiz poderes para conformar a ação e resolver o litígio, procurando atingir a verdade material investigando e avaliando com maior liberdade as provas.²⁰⁴

Embora reconheça a autora que, na prática, a combinação de ambos os modelos se estruture em Portugal, entende que há uma certa prevalência ao princípio dispositivo, nos moldes dos artigos 3.º, 264, n. 1.º, 661.º, 664.º.

É certo que, no direito português, o juiz tem iniciativa probatória genérica, na forma do art. 265, n. 3, do CPC; no entanto, há limitações que devem ser consideradas, tais como: a inadmissibilidade de meios de prova proibidas; a necessidade de compatibilização com os ônus impostos às partes (até porque o poder instrutório é limitado aos fatos lícitos a serem conhecidos que são delimitados

²⁰³ PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Lei n.º 41/2013, de 26 de junho**. Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013.

²⁰⁴ BELEZA, Maria dos Prazeres. Atualidades em Direito probatório: o activismo judicial em matéria probatória e teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. **Curso Luso-Brasileiro de Direito Processual: O Futuro do Processo Civil no Brasil e em Portugal**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 29 jun. 2012. (Notas de intervenção oral).

pelas próprias partes); a escolha do momento adequado para intervir; a harmonização com as regras de preclusão; e a sujeição ao contraditório.

Pondere-se que, até mesmo em relação à apreciação das provas (art. 655 do CPC), o Juiz é limitado pelo disciplinado na Lei (há provas que têm valor “tabelado”), como será analisado em subitem posterior relativo à valoração da prova pelo magistrado.

De qualquer forma, mesmo que existam limites à aquisição e determinação da instrução probatória, Prazeres conclui:

[...] a lei portuguesa confere ao juiz poderes muito significativos no domínio da prova (recorde-se, tem poderes gerais de iniciativa probatória); embora a sua compreensão só se alcance inserindo-os no sistema, notadamente tendo em conta os poderes das partes (objeto da prova, etc. e tal).²⁰⁵

Não se coloca a hipótese de regresso a um modelo de processo liberal, do juiz árbitro.²⁰⁶ Mas, sem dúvidas, não se pode deixar de pontuar que a doutrina portuguesa, quanto aos poderes instrutórios, aponta alguns riscos de possível lesão da imparcialidade do juiz, da publicização de litígios que são de natureza privada, restringindo-se à disponibilidade sobre os direitos materiais e à interferência do magistrado em questões que não lhe diriam respeito diretamente, bem como que a ideia de cooperação é inadequada à realidade dos litígios, sejam individuais, sejam coletivos.

Mesmo com toda a divergência, a concessão de poderes instrutórios ao Juiz não compromete, necessariamente, a sua imparcialidade, e o modelo atual do processo democrático é o cooperativo entre as partes e aquele que conduz a instrução.

Portanto, não é a imputação em si de tais poderes ao Juiz que pode levar à mácula do processo.

O que se deve buscar é a adequada utilização de tais poderes pelo magistrado, considerando as vantagens que o modelo instrutório apresenta na concreção da verdade, embora não se possa afirmar que a existência de um método

²⁰⁵ BELEZA, Maria dos Prazeres. Atualidades em Direito probatório: o activismo judicial em matéria probatória e teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. **Curso Luso-Brasileiro de Direito Processual: O Futuro do Processo Civil no Brasil e em Portugal**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 29 jun. 2012. (Notas de intervenção oral).

²⁰⁶ *Ibid.*

puro, ao revés, um sistema misto de organização, melhor atenderá as finalidades do processo.

5.2. Repartição dinâmica do ônus da prova

5.2.1. *Brasil – antes e depois do CPC de 2015*

O Código de Processo Civil brasileiro anterior tratava a questão do ônus da prova sob o prisma da distribuição estática, uma vez que não existia uma regra expressa que admitisse a dinamização e o poder dado ao Juiz para, diante do caso concreto e considerando as especificidades circunstanciais, viesse a estabelecer disposição diversa daquela que constava do artigo 333 do CPC/73.

Não obstante a afirmação acima, como veremos abaixo ao tratar do atual modelo cooperativo das partes em relação à seara probatória, havia disposições legais tanto no CPC anterior (de 1973) como no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 1990, que faziam crer que a regra estática de distribuição do ônus probatório sofria certos abrandamentos, não se tratando de comando absoluto.

Neste contexto, pondere-se que o ônus é conceituado, em regra, como uma liberdade para que a parte possa praticar determinado ato processual, no interesse dela mesma. Nesse sentido, o ônus congrega, de fato, uma liberdade, porém condicionada ao interesse da parte em realmente justificar o que consta do seu pedido.

A parte pretende, ao ingressar com a sua demanda, obter o bem da vida em disputa; assim, compete ao autor, para tanto, provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu é necessária a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Se a parte não cumpre com o seu ônus probatório²⁰⁷, embora tenha a faculdade para tanto (por exemplo, não produzir uma determinada prova pericial para fins de comprovação do que alega), sofrerá os efeitos da sua não produção (condicionamento da liberdade na prática).

²⁰⁷ “Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71).

A distribuição do ônus da prova em relação às partes possui a divisão que foi acima mencionada bem antes do que hoje dispõe o artigo 373 do CPC/15, e na mesma perspectiva acima traçada.

A referida divisão de caráter intuitivo (ao autor os fatos constitutivos; ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor) é denominada *distribuição estática do ônus da prova*. Assim é, pois dispõe de forma fixa sobre a distribuição, funcionando mais como uma regra de instrução e julgamento, nos momentos processuais respectivos.

Marinoni assevera a dupla finalidade da norma que distribui o ônus da prova, uma vez que serve como guia para as partes (nesse sentido, funciona como regra de instrução, estimulando-as à prova de suas alegações e advertindo-as dos riscos que correm ao não prová-las), bem como para o juiz (como regra de julgamento, a fim de que, diante de uma situação de dúvida invencível, seja aplicada a regra referida do artigo 373 do CPC/15).²⁰⁸

Não obstante, como bem pontua José Eustáquio, “a doutrina [...] de um modo geral tem dirigidos os seus esforços na defesa do chamado ‘modelo cooperativo de processo’, em contraposição aos modelos adversarial e inquisitorial”²⁰⁹.

O modelo cooperativo de processo é de grande importância para que se entenda a razão pela qual, no direito brasileiro, abre-se espaço legislativo a uma divisão diversa do ônus da prova, não apenas mantendo uma distribuição estática. A reavaliação do ônus no processo é inerente ao referido modelo.

Não se defende mais, como já afirmado no item anterior, uma postura adversarial das partes em que há uma competição ou disputa entre elas, subjugando o Juiz a uma posição secundária em que não pode tomar quaisquer atitudes no processo, mesmo diante de circunstâncias excepcionais.

Na realidade, não se faz mais possível ignorar a superioridade econômica ou técnica de uma das partes. Há circunstâncias que devem ser consideradas, e não

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 483.

²⁰⁹ MELO JUNIOR, José Eustáquio de. **A repartição do ônus da prova no processo coletivo: controvérsias nos sistemas probatórios do Brasil e de Portugal**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 135.

podem ser simplesmente relegadas a um “nada jurídico”, perante aquele que tem por dever a condução justa do procedimento.

A neutralidade do juiz não é algo que o Estado Democrático de Direito deve perseguir, uma vez que o magistrado, tal como qualquer cidadão, possui pré-compreensões, que não devem interferir no julgamento da lide. O que se pretende é um Juiz imparcial que analise o processo, abstraindo-se de valorações de caráter pessoal que poderiam conduzir ao decisionismo/solipsismo.

Outrossim, o modelo inquisitorial, não adversarial, não se mostra suficiente para a questão relativa à dinâmica do ônus probatório. Isso porque, tal qual não se busca um Juiz inerte, não se busca um Juiz ativista em matéria probatória, que simplesmente afasta das partes a iniciativa de propor a prova que pretendem no processo, inviabilizando a efetiva participação daquelas diante da contenda.

É assim que se observa que o direito brasileiro foi desenvolvendo um redirecionamento das condutas dos sujeitos processuais, considerando a coparticipação, garantia de influência e não surpresa.

O CPC de 2015 segue essa tendência que é explicada por José Eustáquio, no seguinte sentido:

O modelo de colaboração, nesse contexto, liga-se diretamente à organização do procedimento, equilibrando as posições jurídicas dos sujeitos processuais. Dessa forma, o magistrado passa a ocupar a posição de agente-colaborador na relação processual o que enseja a sua inclusão no contraditório e implica na adoção de uma postura de diálogo com os demais sujeitos processuais, razão pela qual se fala em atividade cooperativa que privilegia o diálogo e o equilíbrio. Em outras palavras, o modelo cooperativo procura estabelecer uma nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo, sujeito que desempenha duplo papel na relação jurídica processual: de um lado, é paritário no diálogo (juiz isonômico) e, por outro lado, é assimétrico na decisão, ou seja, o juiz impõe o seu comando cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes.²¹⁰

É interessante, nesse ponto, observar que, antes mesmo do CPC/2015, se faz possível observar alguns dispositivos, tanto do CPC de 1973 (Código brasileiro anterior ao atual de 2015) como do Código de Defesa do Consumidor (CDC/1990), em que se poderia extrair tal modelo cooperativo de processo, dentre eles, o artigo

²¹⁰ MELO JUNIOR, José Eustáquio de. **A repartição do ônus da prova no processo coletivo: controvérsias nos sistemas probatórios do Brasil e de Portugal**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 138.

295, V, e 515, §4²¹¹, em relação ao primeiro diploma (CPC/73) e, artigo 6.º, VIII²¹², do segundo (CDC/90), que admite a inversão do ônus probatório, de forma convencional.

Atualmente, o modelo cooperativo é consolidado por dispositivos ao longo do CPC de 2015.

Pode-se citar o dever de esclarecimento em que as partes ofertam explicações quanto aos fatos narrados no processo, quando assim exigir o Juiz. Tal dever é consectário do dever de lealdade processual, pois vige o princípio da boa-fé processual, de modo a evitar a litigância de má-fé, nos moldes dos artigos 79 e 80 do mesmo diploma legal.²¹³

Além disso, o diálogo entre os sujeitos é sempre fomentado, tanto que o capítulo inicial do Código processual civil brasileiro oferta uma enumeração dos direitos fundamentais, que devem vigorar durante toda a tramitação processual.

O maior exemplo da assertiva acima é o artigo 10 do CPC/15 que afirma: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, que se assemelha ao n. 3 do artigo 3.º do Código de Processo Civil Português.

Em nível recursal, igualmente, o artigo 10 encontra ressonância no artigo 932, parágrafo único do CPC/15, que assim dispõe: “Antes de considerar

²¹¹ CPC/73: “Art. 295. A petição inicial será indeferida: [...] V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal” e “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...] § 4o Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação. (Incluído pela Lei nº 11.276, de 2006)” (BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: DOU, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973).

²¹² “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (*id.* **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: DOU, 12 set. 1990, Edição extra e retificado em 10 jan. 2007).

²¹³ “Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente. Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório” (*id.* **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 17 mar. 2015).

inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

O dever de cooperação com o Poder Judiciário, inclusive em relação a terceiros que não figuram como parte, está previsto, ostensivamente, no artigo 378 do CPC/15, o que já constava no artigo 339 do CPC/73.

Interessante passagem, que merece transcrição, é aquela em que José Eustáquio assevera que o dever de colaboração na instrução probatória deve dirigir-se, igualmente, ao magistrado (o que se observava já sob a vigência do CPC de 1973), com o que se concorda, pois compete a todos os sujeitos processuais a obtenção da melhor solução da lide:

Por outro lado, porém, o dever de colaboração na instrução probatória a nosso ver também se dirige ao magistrado e já se manifestava à época do CPC/1973 porque o código previa expressamente a possibilidade de o magistrado, de ofício: ordenar a produção de provas necessárias ao processo (art. 130); determinar o comparecimento das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342); ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas (art. 382); ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas ou a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações (art. 418); determinar a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida (art. 437), e em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa (art. 440).

No CPC/2015 essas regras foram reproduzidas, respectivamente, nos arts. 370, parágrafo único; 139, VIII, 421; 461; 480.

Essas manifestações do magistrado escoram-se nos deveres de prevenção e de auxílio já analisados acima porque esses dispositivos auxiliam o magistrado na construção do acervo probatório com o fim de evitar o *non liquet*.²¹⁴

Nesse sentido, diante de tal manifestação da cooperação de todos os sujeitos na marcha processual, a teoria estática perdeu o seu protagonismo. Tanto que o parágrafo 3.º do artigo 373 do CPC/15 permite que a repartição do encargo probatório seja objeto de convenção pelas partes, numa demonstração do chamado “negócio jurídico processual”, que deve seguir os pressupostos de existência, validade e eficácia, restando desnecessária a forma específica e permitida a sua

²¹⁴ MELO JUNIOR, José Eustáquio de. **A repartição do ônus da prova no processo coletivo: controvérsias nos sistemas probatórios do Brasil e de Portugal**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 144.

celebração por instrumento autônomo, antes ou durante o processo (parte final conforme o parágrafo 4.º do artigo 373 do CPC/15).

Pontua Cássio Benvenutti de Castro sobre a regra estática da prova disposta no artigo 373 do CPC/15 e a necessidade de admitirmos uma dinamicidade e movimento nesse ponto probatório:

Aqui, um ponto de inflexão: em primeiro lugar, pensar em processo é refletir sobre movimento, vale dizer, um mecanismo antípoda à inércia; em segundo lugar, a prova processual assinala uma posição concretizadora da argumentação que se pretende conferir validade, quer dizer, a prova ilustra e aparelha a demanda, em um sentido que o ônus da prova é posição jurídica diretamente ligada à causa que implica os efeitos do pedido. [...] as narrativas processuais alegam fatos, mas que não são qualquer episódio da vida, antes se tratam de fatos protegidos por determinada norma jurídica, encerrando-se um esquema fato-norma a partir do qual o ônus da prova é mera decorrência, obviamente, uma decorrência dinâmica.²¹⁵

Marinoni também ressalta, quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova:

O ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo, tal como ocorre na previsão do artigo 373, § 1º, CPC. Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Assim, cumprirá o órgão judicial com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração. Providência desse corte visa superar a *probatio diabólica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça.²¹⁶

Com efeito, a dinamização do ônus da prova significa a evolução dessa necessária movimentação isonômica e justa, que é peculiar ao enlace entre o direito processual e material. Afinal, “o direito existe para regular o ‘mundo lá fora’, as necessidades sociais, e a cada caso concreto diferente, é ou seria aconselhável que

²¹⁵ CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Direito probatório**: o pêndulo entre a verdade e a prova. Curitiba: Juruá, 2018, p. 100.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 484.

o direito predispuvesse técnicas adequadas (flexíveis) para otimamente chegar a resultados justos”²¹⁷.

5.2.2. *Portugal – discussão quanto à repartição dinâmica do ônus probatório*

Uma das divergências mais importantes no direito processual civil português se refere à questão de se os poderes instrutórios conferidos ao Juiz pela legislação, para atingir a verdade material adequada, chegam ao ponto de interferir na repartição do ônus da prova entre as partes.

As regras do ônus da prova são vistas como regras de decisão no sentido de que o juiz as aplicará se, no momento de julgamento da causa, surgirem dúvidas quanto ao acervo probatório produzido pelas partes (no direito brasileiro, contudo, funciona como “norma de instrução”, uma vez que norteia o comportamento processual em juízo, determinando qual o encargo probatório inerente a cada uma delas, relativo ao fato controvertido no processo).

Assevera Prazeres que a lei portuguesa regula a repartição do ônus probatório de uma forma fixa ou estável, ou seja, independentemente da situação concreta das partes numa ação, do caráter positivo ou negativo do fato a provar e da maior ou menor dificuldade da prova, do ponto de vista da parte onerada. Apenas no caso do artigo 344.º do Código Civil se pondera uma impossibilidade de prova, desde que tenha sido causada pela parte contrária, e em casos de inversão legal em que é considerada a maior dificuldade na sua produção.²¹⁸

As hipóteses dispostas no art. 344.º do Código Civil se referem a casos de presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, e, no artigo 345.º do mesmo diploma, a convenção válida de inversão do ônus, dentre outras.

Ressalte-se, por oportuno, que o artigo 5.º dispõe acerca do ônus de alegação das partes, determinando que: “1 - Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”.

²¹⁷ CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Direito probatório**: o pêndulo entre a verdade e a prova. Curitiba: Juruá, 2018, p. 101.

²¹⁸ BELEZA, Maria dos Prazeres. Atualidades em Direito probatório: o activismo judicial em matéria probatória e teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. **Curso Luso-Brasileiro de Direito Processual**: O Futuro do Processo Civil no Brasil e em Portugal. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 29 jun. 2012. (Notas de intervenção oral).

O ônus de alegação ou afirmação e o ônus da prova são complementares, mas não se confundem, uma vez que o primeiro visa determinar quem tem o encargo de alegar os fatos, enquanto o último incumbe a tarefa de provar os fatos alegados.

O ônus da prova, em regra, pressupõe o ônus da alegação, uma vez que apenas os fatos invocados pelas partes podem ser levados em consideração pelo Juiz, porém há casos em que tal ônus de afirmação encontra-se atenuado, considerando-se, por exemplo, o disposto no artigo 412.º do CPC, permitindo que, ainda que não alegados pelas partes, os fatos notórios bem como aqueles de que o tribunal tome conhecimento no exercício da sua atividade, sejam utilizados.

A dúvida não se refere propriamente às hipóteses legalmente estabelecidas, mas sim a uma suposta margem deixada ao Juiz para, diante das circunstâncias do caso concreto, alterar as regras de repartição do ônus da prova.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ganhou impulso a partir dos estudos do Argentino Jorge Peyrano e pode ser reconhecida como um mecanismo de correção de situações de injustiça quando a repartição estática não se revele como capaz de se adaptar às circunstâncias concretas de cada caso.

Com efeito, por vezes, determinada parte se encontra em melhores condições técnicas, profissionais ou de proximidade ao fato para produzir a prova.

É certo que a repartição do ônus da prova sinaliza às partes, previamente, quais são as suas atribuições voltadas à produção do acervo probatório, inclusive a fim de legitimar as consequências futuras do incumprimento, evitando-se surpresas, porém faz-se necessária a existência de ponderações ao modelo estático, diante das especificidades narradas.

Como asseverado, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 possui regra expressa que possibilita a referida flexibilização. A teoria da carga dinâmica da prova, diante da presença de circunstâncias excepcionais, está disposta no seu artigo 373, §1.º.

Porém, o Código de Processo Civil português não possui regra semelhante.

Não obstante, a despeito da omissão no CPCpt, como pondera José Eustáquio de Melo Júnior, em dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sobre o tema relativo à repartição do ônus da prova no processo coletivo, faz-se possível observar a inversão do ônus da prova por meio dos artigos 344.º e 345.º do Código Civil Português, e, uma outra hipótese, disposta

no n. 2 do art. 417.º do Código de Processo Civil Português, a qual, na realidade, é corolário do dever de colaboração da parte ao descobrimento da verdade. A inversão, assim, pode decorrer da lei ou de convenção das partes e possui requisitos e limites, como pondera o autor:

Os requisitos para a inversão do ônus da prova com base na flexibilização das regras de repartição do encargo probatório são: a) insuficiência da regra estática de distribuição do ônus da prova que pode decorrer de dois fatores: a.1) impossibilidade de produção da prova, a.2) excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório, a.3) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário; b) identificação clara e inequívoca de quem tem as melhores condições de produzir a prova; c) comunicação prévia às partes da utilização da carga dinâmica da prova, sob pena de violação do princípio do contraditório.

[...]

Existem outros requisitos identificados na doutrina para a flexibilização das regras de repartição do encargo probatório que merecem destaque: a) decisão motivada, prolatada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, estabelecendo expressamente quais os fatos que devem ser objeto da flexibilização; b) que a redistribuição ocorra antes de prolatada a sentença, preferencialmente por ocasião do saneamento do processo; c) que não implique a exigência de produção de prova diabólica reversa (pressuposto negativo), ou seja, não poderá ensejar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber; d) que ocasione maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

[...]

O emprego da carga dinâmica da prova não pode ser ilimitado, antes deve restringir-se aos seguintes limites: a) caráter subsidiário, isto é, essa técnica somente pode ser empregada de modo excepcional apenas quando as demais regras não puderem ser atendidas pelas partes; b) preclusão *pro judicato*, ou seja, depois de encerrada a fase instrutória não pode o magistrado empregar a carga dinâmica da prova como regra de julgamento, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa, além de poder ensejar a prolação de decisão surpresa contrariando o princípio da cooperação.²¹⁹

Especificamente quanto ao art. 411.º do Código de Processo Civil Português, assevera, corretamente, que tal artigo

[...]legitima a atuação concreta do juiz para a superação de um quadro de perplexidade diante da omissão das partes em relação a seu encargo probatório, não para modificá-lo expressamente, mas somente para determinar a produção das provas úteis à superação

²¹⁹ MELO JUNIOR, José Eustáquio de. **A repartição do ônus da prova no processo coletivo: controvérsias nos sistemas probatórios do Brasil e de Portugal**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 222-223.

dessa perplexidade mediante o atendimento da regra estática de distribuição do ônus da prova.²²⁰

Maria dos Prazeres, porém, questiona se seria vantajoso incluir uma regra de repartição dinâmica do ônus da prova na lei portuguesa, acrescentando, assim, à repartição legal e convencional a repartição por decisão judicial.

A autora, considerando que as regras em questão são mais do que regras de provas, alerta que a repartição do referido ônus dita diretamente o conteúdo da sentença de mérito e, nesse sentido, diz contra quem o juiz decide, em caso de dúvida: “A sua aplicação pressupõe que não se fez prova sobre um determinado facto; são regras de decisão”²²¹.

Maria José Capelo, por sua vez, em artigo que discute as principais novidades sobre as provas no Código de Processo Civil Português de 2013, afirma a exigência de as partes fazerem os requerimentos probatórios nos articulados (art. 552.º, n. 2, e 572.º, do CPC), embora os possam alterar posteriormente (art. 572.º, d, *in fine*, e 598.º, do CPC), ressaltando que o regime de Portugal contraria uma ideia de rigidez na fixação da matéria de fato, pois a estabilização desta somente ocorrerá depois de toda a prova produzida e da aplicação de todas as eventuais presunções (n. 4 do art. 607.º do CPC), o que propicia como que uma simbiose entre os fatos e as provas, ao longo de todo o processo, *in verbis*:

Permite-se, por conseguinte, a consideração oficiosa dos factos instrumentais e daqueles que sejam o complemento ou concretização dos que as partes tenham alegado que surjam nos autos por via da prova produzida e assumida no processo (art. 5.º n.º 2, a e b, do CPC). Tal é possível, pois, a atividade instrutória não se concentra numa fase estanque, sendo que, o momento mais relevante para a aquisição de novos factos ocorrerá, em regra, na audiência final. O acompanhamento que as partes façam da prova constituenda (em regra por intermédio do seu advogado) é essencial como pressuposto de consideração de tais factos.²²²

²²⁰ MELO JUNIOR, José Eustáquio de. **A repartição do ônus da prova no processo coletivo: controvérsias nos sistemas probatórios do Brasil e de Portugal**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 228.

²²¹ BELEZA, Maria dos Prazeres. Atualidades em Direito probatório: o activismo judicial em matéria probatória e teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. **Curso Luso-Brasileiro de Direito Processual: O Futuro do Processo Civil no Brasil e em Portugal**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 29 jun. 2012. (Notas de intervenção oral).

²²² CAPELO, Maria José. Principais novidades sobre provas no novo Código de Processo Civil Português. In: SILVA, João Calvão; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvaldo Guimarães. **Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal**. São Paulo: Forense, 2017, p. 190-191.

O envolvimento das partes e do Juiz, na busca da real configuração da situação material que deu ensejo ao litígio, somado à hipótese de causa em que as insuficiências probatórias vão sendo supridas ao longo da causa, mediante o exercício excepcional dos poderes inquisitórios do magistrado (art. 411.º do CPC), permitem afirmar que, mesmo que a parte interessada na prova de um fato, por inércia, não o prove, isso não implica, necessariamente, que a sua pretensão será indeferida, uma vez que esse fato pode vir a ser comprovado pela referida atividade instrutória da outra parte ou do Juiz.²²³

É certo que a teoria dinâmica, por vezes, pode gerar uma possível subjetividade por parte do Juiz, pois há que se analisar não somente a posição das partes, mas também o direito envolvido, inclusive as características dos sujeitos processuais.

Ressalte-se que essa teoria deve ser analisada caso a caso, pois a sua aplicação é excepcional e residual.

Já a inversão do ônus da prova, segundo Antunes Varela²²⁴, ocorre por razões de ordem prática, ou seja, pela natural dificuldade ou impossibilidade para uma das partes (àquela que caberia o ônus da prova segundo as regras gerais de repartição) realizar a comprovação de determinado fato, tal como ocorre com os negativos, o que justifica o disposto no n. 1.º do artigo 343 do Código Civil Português.

Outrossim, como alerta Rita Lynce, embora o n. 1 do artigo 344.º do Código Civil Português tenha incluído uma cláusula geral de inversão que remete para todos os casos “que a lei o determine”²²⁵, ela não comporta aplicação analógica, ou seja, “em suma, impõe-se considerar que, quanto à prova dos factos negativos, não se pretendeu consentir outro caso de inversão que não o referido no art. 343.º, n.º 1, do Código Civil”²²⁶.

²²³ FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do Ónus da prova no Direito Civil Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2018, p. 12.

²²⁴ VARELA, Antunes; BEZERRA, José Miguel; NORA, Sampaio. **Manual de processo civil**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 458.

²²⁵ Assim está expresso no Código Civil Português: “Artigo 344.º (Inversão do ónus da prova) 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine [...]” (PORTUGAL. Ministério da Justiça - Gabinete do Ministro. **Decreto-Lei n.º 47344**. Lisboa: Diário do Governo, n. 274/1966, Série I, 25 nov. 1966).

²²⁶ FARIA, Rita Lynce de, *op. cit.*, p. 78.

Outra preocupação idônea da autora supracitada se relaciona às presunções judiciais, que, diversamente das legais, são aquelas criadas pelo juiz com base em regras práticas da experiência. Tais presunções são de difícil controle. A sua má utilização pode gerar a manipulação dos critérios de repartição do ônus da prova, ocasionando uma inversão à margem da lei. Assim, afirma:

Existe, na verdade, o risco de que, sob a veste de simples presunções judiciais, se verifique a violação da igualdade, através do tratamento de situações análogas de forma diferente. Ao contrário do que sucede quando a lei cria presunções legais de forma geral e abstrata, a natureza individual e concreta da aplicação das presunções judiciais, bem como a natureza tendenciosa do espírito humano, criam um perigo incalculável para a correta aplicação dos critérios gerais de repartição do ônus da prova. E, conseqüentemente, afetam a previsibilidade pelas partes dos factos que lhes compete provar. Assim, em causa estão, não apenas os interesses processuais, como também os interesses das partes no processo que, quando violados, podem inclusive conduzir à supressão dos respectivos direitos substantivos que estas pretendem fazer valer na ação. Afirma Giovanni Verde, numa passagem muito expressiva acerca das presunções judiciais: [...]. [O juiz, no uso do seu poder processual], manobrando o comportamento das partes para efeito da formação da sua convicção, pode, sem grande dificuldade dialética confeccionar discursos argumentativos a favor da solução que se traduza num aligeiramento da carga probatória e ainda numa substancial inversão do risco processual. Nem se diga que o perigo resultante de uma verdadeira inversão do ônus da prova através do uso indevido de presunções judiciais é facilmente controlável, uma vez que é dever do juiz fundamentar a respectiva decisão sobre a matéria de facto [...] Deste facto, aliás, nos dá conta Giovanni Verde, ao referir, em crítica às presunções simples, que, <[...] não existe juiz tão ingénuo que, querendo favorecer uma parte, o diga expressamente, tendo ele à disposição um conjunto de instrumentos com os quais poderá eventualmente mascarar a sua escolha apriorística e apresenta-la oficialmente como fruto de uma mediata e conclusiva valoração do material judicial.> Por este motivo, é necessário adotar, relativamente às presunções judiciais, uma postura restrita, e emitir quanto a elas um constante e rigoroso controlo crítico. É que o facto de o funcionamento de presunções judiciais, através da livre convicção do juiz, não se encontrar sujeito a quaisquer normas jurídicas, não significa que tais presunções se encontrem absolutamente subtraídas a qualquer tipo de regras ou critérios de racionalidade suscetíveis de controlo. [...] O legislador não foi, no entanto, completamente alheio ao funcionamento de tal instituto e aos perigos que ele poderia aportar. Por este motivo, restringiu, embora não o suficiente, o recurso a tais presunções judiciais aos casos em que seja admitida a prova testemunhal (artigo

351.º do Código Civil, que remete indiretamente para o artigo 393.º).²²⁷

Conclui-se que a repartição do ônus da prova incide diretamente sobre o ato de julgar e, embora funcione como regra de instrução e também de julgamento, é necessário que o Juiz, ao utilizar a teoria dinâmica, o faça estritamente em benefício do encontro da melhor solução para o caso, atribuindo ao conjunto probatório fundamentação adequada que não esteja eivada de quaisquer vícios ilegítimos que ensejem uma possível quebra de sua imparcialidade.

5.1.3. *Valoração da prova*

5.1.3.1. O artigo 371 do CPC brasileiro e o princípio da persuasão racional da prova

Para efeito comparativo, vale citar o disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Em contraponto, assim dispõe a nova legislação processual de 2015: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Percebe-se, portanto, inovação salutar constante do artigo 371 do Novo Código de Processo Civil brasileiro, que retirou a expressão *livremente* do enunciado normativo anterior (Código de Processo Civil de 1973), dando ênfase ao sistema da persuasão racional da prova, pois o juiz deve apreciá-la vinculando sua decisão às provas constantes nos autos, indicando as razões de seu convencimento, porém não de forma livre, como se pressupunha pela aplicação do princípio da íntima convicção.

Antes do advento do CPC de 2015, em relação ao princípio do livre convencimento ou, melhor dizendo, da persuasão racional, já prelecionava Ada

²²⁷ FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do Ónus da prova no Direito Civil Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2018, p. 83-85.

Pelegrini Grinover²²⁸: “Regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o julgamento *secundum conscientiam*”.

Aliás, sobre o tema, Streck se manifesta contundentemente:

Como justificar, na democracia, o livre convencimento ou a livre apreciação da prova? Se democracia, lembro Bobbio, é exatamente o sistema das regras do jogo, como pode uma autoridade pública, falando pelo Estado, ser “livre” em seu convencimento? Pergunto: a sentença (ou acórdão), afinal, é produto de um sentimento pessoal, de um subjetivismo ou deve ser o resultado de uma análise do direito e do fato (sem que se cinda esses dois fenômenos) de uma linguagem pública e com rigorosos critérios republicanos? Porque a democracia é o respeito às regras do jogo.²²⁹

Inclusive, José Bonifácio Ramos nota que

O subsistema da valoração racional da prova, da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, expressão equivalente do direito brasileiro, é bem distinto da prova livre, enquanto íntima convicção do juiz. Consequentemente, não basta enumerar as provas produzidas e valoradas num determinado processo, mas o juiz tem de explicar os respectivos conteúdos, seu entendimento, de modo coerente e fundamentado. Tal explicação deve ter lugar, sobretudo, a propósito da fundamentação da sentença, da motivação judicial, algo que se afigura radicalmente distinto da modalidade de íntima convicção do julgador e que se consolida enquanto estruturante do estado de Direito.²³⁰

Contudo, apesar da modificação legislativa, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, ao apreciar os processos que lhe são atribuídos, continua a adotar o posicionamento segundo o CPC anterior, ao admitir a apreciação livre da prova pelo Juiz, a saber:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEXO CAUSAL. LAUDO PERICIAL INCONCLUSIVO. LIVRE CONVENCIMENTO RACIONAL. REANÁLISE DE PROVAS.

1. Ação rescisória ajuizada em 28/03/2014. Recurso especial interposto em 15/03/2016 e atribuído a este Gabinete em 21/09/2017.

²²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER. Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 10 out. 2019.

²³⁰ RAMOS, José Luís Bonifácio. O sistema misto de valoração da prova. **O Direito**, Lisboa: Typografia Lisbonense, v. 146, n. 3, p. 555-582, 2014, p. 568.

2. O propósito recursal consiste em analisar o cabimento da ação rescisória contra o acórdão do TJ/SP, que entendeu pela ilegalidade de "critério de julgamento" contido no acórdão rescindendo, fundamento em juízos de probabilidade para a determinação do nexo de causalidade entre os danos suportados pela recorrente e o medicamento então comercializado pela recorrida. 3. Ausentes a omissão, a contradição e o erro material, não há violação ao art. 1.022 do CPC/2015. 4. O pressuposto da ação rescisória é que a decisão impugnada tenha contrariado a literalidade do dispositivo legal suscitado, atribuindo-lhe interpretação jurídica absolutamente insustentável. 5. A ação rescisória, por sua força e importância institucional, é medida de extrema gravidade que deve ser manejada apenas em hipóteses excepcionais, demandando seriedade e ponderação ao requerente. De acordo com a jurisprudência do STJ, a hipótese do art. 485, V, do CPC/1973 pressupõe que a exegese conferida à lei, no acórdão rescindendo, represente clara infringência ao Direito em tese. 6. O juiz deve formar seu convencimento a partir dos elementos trazidos a juízo, mas constitui prerrogativa sua apreciar livremente a prova produzida. 7. A teoria da verossimilhança preponderante, segundo a qual a parte que ostentar posição mais verossímil em relação à outra deve ser beneficiada pelo resultado do julgamento, é compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro, desde que invocada para servir de lastro à superação do estado de dúvida do julgador. 8. Na hipótese, é possível constatar que não existe violação literal a dispositivo de lei no acórdão rescindido. 9. Necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para apreciação de alegação de existência de documentos novos (art. 485, VII, do CPC/73). 10. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.²³¹

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO E COBRANÇA MOVIDA POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONTRA EX-SÓCIO ADMINISTRADOR. EMPRÉSTIMOS E DESPESAS IRREGULARES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONTROVERTIDOS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.738.015/SP**. Julgamento: Relatora: Ministra Nancy Andrigli. 12 fev. 2019. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe, 15 fev. 2019, grifos nossos.

1. Ação ajuizada em 20/9/2013. Recursos especiais interpostos em 27/1/2017 e 9/2/2017. Autos conclusos ao Gabinete da Relatora em 10/9/2018.
2. O propósito recursal é verificar se houve negativa de prestação jurisdicional, cerceamento de defesa e afronta ao princípio da correlação, bem como se há comprovação dos fatos narrados na inicial e se a distribuição da sucumbência foi feita de forma proporcional pelo acórdão recorrido.
3. O acórdão recorrido apresenta fundamentação adequada, tendo os julgadores reconhecido, à unanimidade, com base em ampla incursão no acervo probatório dos autos, a obrigação do recorrente em restituir os valores ali elencados. Ausência de violação ao art. 489 do CPC/15.
4. Não há nulidade processual quando o Tribunal julga integralmente a lide e soluciona a controvérsia em conformidade com o que lhe foi apresentado. O julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa de suas teses, devendo, apenas, enfrentar a demanda observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedente.
5. O entendimento consolidado do STJ acerca da interpretação do conteúdo normativo dos arts. 130 e 131 do CPC/73 (arts. 370 e 371 do CPC/15) aponta no sentido que compete ao juiz a direção da instrução probatória, apreciando livremente as provas produzidas a fim de formar a sua convicção, não havendo que se falar na violação desses dispositivos legais quando o juiz, sopesando todo o conjunto probatório produzido e carreado aos autos, julga a causa em sentido oposto ao pretendido pela parte, como no particular. Precedente.
6. O exame das alegações das partes concernentes à comprovação ou não dos fatos a partir dos quais o Tribunal a quo formou suas conclusões acerca da responsabilidade do ex-sócio pela restituição dos valores cobrados na inicial é inviável em recurso especial. Incidência dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.
7. A suposta violação ao princípio da correlação não foi objeto de manifestação no acórdão recorrido, apesar da interposição de embargos de declaração, circunstância que atrai o óbice da Súmula 211/STJ.
8. Prevalece nesta Corte o entendimento de que a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão. Precedente.
9. A análise da irresignação do ex-sócio quanto aos critérios orientadores da distribuição da sucumbência, sobretudo considerando as premissas utilizadas na argumentação desenvolvida nas razões deste recurso especial, esbarra no enunciado da Súmula 7/STJ, conforme entendimento pacífico desta Corte Superior.
10. No que concerne à alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/15, apontada pela sociedade empresária recorrente, verifica-se que não foi indicada, de forma clara e objetiva, quais os pontos omissos e contraditórios do acórdão recorrido que não teriam sido sanados no julgamento dos aclaratórios, circunstância que atrai o óbice da Súmula 284/STF.

RECURSO ESPECIAL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NÃO
CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DO EX-SÓCIO
PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.²³²

Nesse contexto, vale ressaltar que, quanto à instabilidade indesejada, Lenio Luiz Streck volta a asseverar que o Direito não pode ser entendido como aquilo que o juiz quer que ele seja, razão pela qual o novo Código de Processo Civil brasileiro deixou de lado a tão discutida expressão *livremente*, que constava do Código anterior (1973), quanto à forma de apreciação da prova pelo juiz.

Em sua obra *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, é salutar destacar-se o trecho abaixo transcrito:

Consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema [...], o que justifica o solipsismo judicial ao sustentar que compete ao juiz examinar as circunstâncias judiciais conforme necessário e suficiente [...]. A avaliação é subjetiva e o juiz lança o quanto entenda necessário de sua consciência [...]. Na verdade, como já falei, livre convencimento tem um nome: solipsismo; filosofia da consciência; subjetivismo. Ademais, se não há nenhum elemento a priori que vincule a decisão do juiz, ele não precisaria motivar a sua convicção, já que ele pode livremente escolher como irá decidir. A motivação vira apenas uma formalidade desnecessária [...].²³³

Outrossim, conforme assevera Marinoni, necessário considerar que há modelos para a apreciação das provas, de acordo com os direitos materiais que são levados a Juízo, como base da demanda, pela alegação das partes. A liberdade, sob esse prisma, igualmente, não é absoluta e desvigiada. Expõe:

No processo civil, o juiz pode julgar utilizando um modelo de “preponderância de prova” ou um modelo de “prova clara e convincente”. A necessidade de um modelo de prova decorrente da imprescindibilidade de prevenir-se eventual arbítrio na apreciação da prova das alegações de fato produzida pelas partes, de prestigiar-se o contraditório e a motivação das decisões judiciais. A eleição do modelo de apreciação da prova concernente ao direito material alegado em juízo e a maior ou menor gravidade que a sociedade empresta ao litígio levado ao processo. Nos litígios envolvendo direitos patrimoniais, deve o juiz julgar observando o modelo de preponderância de prova. Havendo litígio, contudo, acerca de questões não patrimoniais com reflexos penais (alegações de fraudes, etc.), referente ao estado das pessoas (interdição, etc.), aos

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.837.445/SP**. Julgamento: Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 22 out. 2019. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe, 28 out. 2019, grifos nossos.

²³³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 26, 37.

seus direitos de personalidade e a respeito de seus direitos políticos (improbidade administrativa etc.), tem o juiz de empregar o modelo de prova clara e convincente. A observância de um modelo de apreciação da prova é uma questão prévia, de direito, exige contraditório das partes e motivação na sua eleição pelo julgador.²³⁴

Assim, apesar da retirada do termo *livremente*, não houve alteração substancial quanto à valoração da prova pelo magistrado, tanto que os tribunais superiores continuam a admitir que o juiz pode apreciar a prova como bem lhe aprouver, mantendo, por conseguinte, o pensamento outrora disposto na legislação processual de 1973, decidindo, portanto, *contra legem*.

5.1.3.2. O sistema misto lusitano (artigo 607, n. 5 do CPC)

Analisando o disposto no item 5 do artigo 607 do CPC Português, verifica-se que o sistema de valoração de provas neste ordenamento repete o estatuído no revogado CPC brasileiro de 1973, ao mencionar a possibilidade da livre apreciação da prova, a saber:

Artigo 607º – Sentença:

5. O juiz aprecia livremente as provas segundo sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, que por documentos, que por acordo ou confissão das partes.

Em que pese a semelhança entre os dois dispositivos legais, a doutrina portuguesa tem se posicionado no sentido de adotar um sistema misto no tocante à valoração racional das provas pelo magistrado, uma vez que há de se considerar o regime próprio fixado em lei para o modelo específico de valoração, não havendo que se dizer que a prova é livre, oferecendo ao julgador discricionariedade ilimitada neste particular.

Conforme preleciona o professor José Luís Bonifácio Ramos, em seu artigo “O sistema misto da valoração da prova”²³⁵,

[...] o sistema misto tem sido apreciado de diferentes perspectivas. Deste modo, enquanto uns evidenciam a preponderância da prova

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 480.

²³⁵ RAMOS, José Luís Bonifácio. O sistema misto de valoração da prova. **O Direito**, Lisboa: Typografia Lisbonense, v. 146, n. 3, p. 555-582, 2014, p. 579.

livre relativamente à prova legal, outros não estabelecem um verdadeiro predomínio entre eles. Por nossa parte, julgamos preferível esta última orientação, dado que será o regime próprio de cada um dos diferentes meios de prova a fixar o respectivo valor legal e, assim, a inserir-se no modelo da prova legal ou, ao invés, permite ao julgador a respectiva livre apreciação, enquanto valoração racional. Daí entendermos ser redutor quantificar um qualquer predomínio entre os modelos em presença. Devemos antes sublinhar que os dois modelos se coadunam e se compatibilizam entre si, de modo coerente ou, quanto muito, complementar.

Acrésceta, ainda, que

Isso significa, em nosso entendimento, num recentrar do equilíbrio entre os modelos que compõem o sistema misto. Assim, se na versão anterior do CPC ainda havia, como se reconhece, um frágil equilíbrio entre a livre apreciação e a prova legal, com predomínio para o primeiro daqueles modelos probatórios, na reforma do CPC de 2013 a recusa expressa em aplicar o modelo de prova livre prevista na 2ª parte do nº 5 do artigo 607º representa um equilíbrio muito maior entre os dois modelos em presença, alcandorando, cada um deles, à importância equivalente, deixando fazer sobressair a ideia, de modo muito claro, que não existe mais qualquer predomínio da livre apreciação de prova perante a prova legal.²³⁶

Com efeito, determinadas provas, tais como a documental, a por confissão, a presunção legal, não podem ser apreciadas livremente pelo juiz, pois o CPC português oferta limite de índole proibitiva expressa quanto a estes meios probatórios.

Contudo, como bem acentua Lenio Luiz Streck,

A crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). [...] o que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade da intérprete.²³⁷

Vale destacar que toda essa análise probatória está se fazendo à luz do processo civil, e não do processo penal, uma vez que, neste ramo do Direito, a íntima convicção é utilizada, como é o caso do tribunal do júri.

Conclui-se que o princípio da liberdade de julgamento do juiz, no tocante à livre apreciação das provas, cinge-se aos casos que não se quedam à exigência de

²³⁶ RAMOS, José Luís Bonifácio. O sistema misto de valoração da prova. **O Direito**, Lisboa: Typografia Lisbonense, v. 146, n. 3, p. 555-582, 2014, p. 582.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 104.

formalidade legal. Por conseguinte, a par das provas tarifadas, é possível, de acordo com o ordenamento jurídico português, a apreciação livre de tais provas, dispensando qualquer grau de hierarquia entre elas.

Deve o juiz, entretanto, na qualidade de julgador, no exercício de seu *múnus*, e seguindo as regras de lógica e experiência, mensurar quais as provas que entende suficientes para firmar seu juízo de valor. Mas tal conceito pode ser mitigado, uma vez que as provas arbitrárias ou irracionais não são objeto de livre apreciação.

Destaque-se que, corroborando o disposto na legislação processual, várias normas do Código Civil Português se aplicam como limite ao princípio da livre apreciação da prova (artigos 358, 389, 391 e 396).

Conforme José Lebre de Freitas, as chamadas provas legais possuem três gradações: prova bastante, prova plena e prova pleníssima. A prova bastante é aquela que cede perante uma contraprova, tornando-a incerta; por sua vez, a prova plena é a prova legal que só permite tornar o fato não verdadeiro se houver prova em contrário; a prova pleníssima, por fim, é a prova que não admite sequer a prova em contrário.²³⁸

No último caso, vale ressaltar a qualidade que se dá à confissão, judicial ou extrajudicialmente, feita por uma das partes, valendo, neste caso específico, a presunção *iuris et de iuris*.

Fazendo uma análise quanto ao ativismo em ambos os sistemas, cite-se Victoria Moreira:

Em Portugal, os questionamentos foram em torno de duvidar se o magistrado teria condições de não se tornar imparcial com os poderes que lhe foram atribuídos. As respostas positivas vieram com a própria atuação dos tribunais, percebendo-se uma mudança de cultura jurídica na aplicação do Direito Processual Civil. No Brasil, acredita-se que a questão central de mudança de cultura judicial deva ser a de identificar se as partes e seus procuradores estão preparados para aplicação das convenções processuais e se o magistrado terá mais condições de buscar a verdade, por meio de

²³⁸ Sobre o tema, *vide* os artigos 346 e 347 do Código Civil Português: “Artigo 346.º Salvo o disposto no artigo seguinte, à prova que for produzida pela parte sobre quem recai o ónus probatório pode a parte contrária opor contraprova a respeito dos mesmos factos, destinada a torná-los duvidosos; se o conseguir, é a questão decidida contra a parte onerada com a prova. Artigo 347.º A prova legal plena só pode ser contrariada por meio de prova que mostre não ser verdadeiro o facto que dela for objecto, sem prejuízo de outras restrições especialmente determinadas na lei” (PORTUGAL. Ministério da Justiça - Gabinete do Ministro. **Decreto-Lei n.º 47344**. Lisboa: Diário do Governo, n. 274/1966, Série I, 25 nov. 1966).

uma decisão justa, com os poderes de gestão que lhe foram incumbidos.

O ativismo, portanto, não significa um possível autoritarismo do juiz, pois “o juiz ativo, mesmo que produzindo provas de forma autônoma, respeitará os direitos e garantias que são assegurados às partes no processo, enquanto que o juiz autoritário produz provas de ofício, por iniciativa própria, negando a elas esses direitos e garantias”²³⁹.

Conclui-se, dessa forma, pelo todo acima exposto, que, no sistema jurídico português, no tocante às provas, a possibilidade da prática do ativismo pelo juiz no processo é bastante diminuta, em face das várias limitações impostas pela legislação processual.

Ademais, no que pertine à valoração das provas, é importante ressaltar que a atividade judicial igualmente é limitada pela obrigatoriedade de fundamentação das decisões (artigo 607, números 3 e 4 do Código de Processo Civil português).

Valorar as provas significa prestar os devidos esclarecimentos quanto ao uso das informações que advieram da instrução processual, por meio da análise das questões postas sob julgamento.

Assim, como afirma Patrícia Tavares, na atividade probatória, quer por iniciativa das partes, quer oficiosamente (ainda mais nesse caso), o magistrado “deverá, portanto, indicar as razões que o fizeram decidir pela realização de determinada prova e demonstrar a necessidade da prova”.²⁴⁰

Hugo Luz dos Santos formula crítica quando se refere à parte da doutrina que defende que julgador leve em conta, no momento da apreciação probatória, a desigualdade das partes em uma relação jurídica, tal qual é o caso das relações consumeristas:

Todavia, a questão que a lei processual civil não resolve é a *formatação da distribuição* do ónus da prova quando, em matéria de *direito probatório material*, se faça impender um ónus probatório a uma *parte processual* ao ponto de a tornar uma prova *diabólica, negativa*, e, por isso, *impossível*, – é aqui que, pensamos, avulta a (candente) questão da *distribuição dinâmica do ónus da prova* e da sua precípua relevância em matéria de Direito Bancário, e, mais

²³⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pontes, 2014, p. 185-209.

²⁴⁰ TAVARES, Patrícia Leite. **Alcance e limites dos poderes instrutórios do juiz no Processo Civil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 81-83.

concretamente, quando, como no caso concreto decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, na *relação obrigacional complexa* se interponha um consumidor-não profissional (*one-shot-player*) Com efeito, fará sentido que, em matéria de *ónus da prova*, se coloque o *consumidor* na posição/necessidade de *produzir* prova perante o mau funcionamento de um sistema informático complexo da entidade bancária e que não *domina*? Cremos bem que não.²⁴¹

O autor cita Micael Teixeira, que não sufraga tal entendimento, por dois argumentos:

A primeira consiste na circunstância de, nas regras da experiência comum, que devem orientar a apreciação das provas, não ser possível incluir a eventual dificuldade que a parte onerada teve em recolhê-las [...] além disso, será muito provável que, se certa parte se deparar com dificuldades probatórias, não consiga apresentar quaisquer provas para demonstrar a versão factual com que será onerada. E, neste caso, não existirão provas para apreciar, pelo que, também por este motivo, de nada servir a menor exigência no que respeita à apreciação das provas [...]. Depois, mesmo que se entenda que a dificuldade em produzir a prova deva aligeirar a existência do julgador com vista à consideração dos factos como provados, não podemos partilhar da opinião de que aligeiramento fosse correcto, pelo menos no âmbito do direito privado. Isto porque, a medida da prova exigível neste âmbito é já menos exigente que se pode conceber, ou seja, a prova preponderante. Esta não pode, portanto, ser aligeirada sob pena de se estar a considerar como provado um facto que, pelo contrário, se deveria tomar como não provado, por insuficiência probatória [...].²⁴²

Sobre o tema, muito bem discorreu a Juíza Conselheira Doutora Maria dos Prazeres Couceiro Pizarro Beleza:

Tenho para mim que reconhecer ao juiz o poder de repartir (se a lei não o fixar, nem de princípio) ou de alterar a repartição legal do ónus da prova significa um passo qualitativamente diferente da atribuição ao juiz de poderes (mais ou menos amplos) de iniciativa probatória. Porque as regras do ónus da prova são mais do que regras de prova; ou, se quisermos, e devidamente entendida esta afirmação, não são regras de prova.
[...]

Por outro lado, é claro que todos os poderes probatórios do juiz que conduzem a que se prove determinado facto acabam por ter

²⁴¹ SANTOS, Hugo Luz dos. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking? **Revista Eletrónica de Direito – RED**, n. 1, p. 1-33, fev. 2015, p. 21, grifos do autor. Disponível em: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/8_668.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

²⁴² *Id.*; WEI, Wang. Algumas notas de lure Condendo sobre a distribuição dinâmica do ónus no direito probatório material da região administrativa especial de Macau. **Revista Administração**, v. 30, n. 116, p. 203-233, 2017, p. 206.

repercussão na situação substantiva das partes. Mas isso sucede *porque se fez prova do facto*; está em causa o interesse público do apuramento da verdade e da justa composição do litígio [...].²⁴³

Por fim, outros artigos do CPC Português conferem ao juiz a ampliação de seus poderes, que, por um lado, garantem a igualdade das partes no processo, mas, por outro, podem vir a conferir, em concreto, certo ativismo na produção e valoração das provas.

Cite-se, como exemplo, o artigo 6.º do CPC Português, que trata do dever de gestão processual, afirmando competir ao juiz a direção ativa do processo a fim de providenciar seu andamento célere, com a promoção oficiosa das diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação.

Por outro lado, o artigo 547 ressalta, igualmente, a ampliação dos poderes do juiz por meio da adequação do procedimento, e o artigo 590, no item 3, possibilita que o juiz convide as partes a suprirem as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento da correção do vício, o que, nesta perspectiva, conduz ao entendimento de que o magistrado está proferindo uma gestão material do processo, posições estas não pacificadas na doutrina portuguesa.

Assim, verificamos a importância do tema relativo à valoração das provas, quando da análise do ativismo, quer no sistema brasileiro, quer no português.

²⁴³ BELEZA, Maria dos Prazeres. Atualidades em Direito probatório: o activismo judicial em matéria probatória e teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. **Curso Luso-Brasileiro de Direito Processual: O Futuro do Processo Civil no Brasil e em Portugal**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 29 jun. 2012, grifos nossos. (Notas de intervenção oral).

6. CONCLUSÃO

A partir da contextualização da origem histórica da palavra *ativismo*, verificamos que o termo não guarda o mesmo teor semântico/aplicativo para todos os casos em que é empregado, o que acarreta dificuldades em sua análise. A própria Suprema Corte americana, durante décadas, passou por diversas etapas ativistas, sem que houvesse imediata interligação a um progressismo pela via jurisdicional.

A compreensão da expressão perpassa pela observação dos valores constitucionais advindos do constitucionalismo moderno, uma vez que é nesse sentido que se pode dizer que a Suprema Corte, na qualidade de guardiã da Constituição, deve tutelar a ordem maior, realizando os direitos encartados na Carta Magna, valores estes pré-definidos e determinados pelo Legislador.

Inevitável que a discussão sobre o tema encarte um dos mais importantes princípios estruturantes do Estado, a separação dos Poderes. Tal se dá, pois a nenhum destes é dada a função de substituir ao outro, invadindo, desmedidamente, a sua esfera de atuação. O estabelecimento das suas relações deve se dar na dinâmica da mútua vigilância entre as estruturas governamentais, sendo certo que não necessariamente a instituição de um Poder Judiciário independente venha a acarretar um ativismo pernicioso.

É dever do Poder Judiciário resolver questões importantes em relação a um Legislativo ou Executivo que não cumpre com as suas funções, uma vez que temos uma Constituição analítica, ampla, com conceituações bem abertas, e apostas contemporâneas em Princípios e critérios de ponderações de interesses, o que, se bem aplicados, não se confundem a um ativismo irrestrito, amplo, excessivo.

De fato, não existe poder instituído sem apoio na política e na religião. Todavia, há de se cuidar para não sermos alcançados por adesões de pontos de vista, quer de um grupo ou de outro.

O equilíbrio entre as ideias se faz necessário, uma vez que conferir deferência aos demais Poderes, em situações nas quais esta deva ser feita, é de rigor. Por outro lado, não se pode autoconter o Poder Judiciário em aplicações que resvalam na ineficiência da normatividade axiológica-constitucional.

Por essa razão, entender as distinções quanto a regras, princípios e a crise a qual perpassa a Teoria do Direito na modernidade se fez importante para que

chegássemos ao ponto de diferenciar os conceitos dos preceitos abordados e que dão nome à presente dissertação: o ativismo judicial, a judicialização e a autocontenção.

No Brasil, ao termo *ativismo* foi atribuída conotação negativa no cenário atual, diversa da função genuína conferida ao Poder Judiciário. A expressão é interpretada como invasão nas funções do Legislativo e do Executivo, embora diversos sejam os sentidos que se possam atribuir à palavra objeto central desta pesquisa.

O limite entre a conduta ativista e a judicialização das questões constitucionais, fenômeno natural das democracias atuais (uma circunstância do sistema constitucional, mormente o brasileiro), é de difícil caracterização em alguns casos, embora em outros se mostre mais evidente de certa maneira, razão pela qual enunciamos possíveis exemplos da ocorrência do ativismo nas Cortes brasileira e portuguesa. O comparativo demonstra que há mais casos que podem ser classificados como de participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais, com a interferência deste Poder em local que seria originalmente ocupado pelos demais Poderes, principalmente na seara brasileira.

Assim, pela análise, o Brasil se preocupa mais em ofertar e discutir instrumentos e métodos para controlar ou conter o ativismo excessivo do que se percebe em Portugal.

O diálogo institucional tem sido apontado pela doutrina brasileira como um dos instrumentos de cooperação entre os Poderes, restando indispensável para que se efetive a vontade política normativa imposta na Constituição, sem que se dê preponderância a nenhum deles. O modelo que é mais conhecido, em nível mundial, é o referente à Corte Constitucional Canadense, que equipara, na prática, os poderes conferidos ao legislativo e ao judiciário, permitindo o diálogo.

A Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, por sua vez, possui disposições que obrigam os Juízes a obrar com maior contenção em seu mister, uma vez que as decisões não podem mais ser proferidas retoricamente, sem a adequada fundamentação ou motivação, sujeitando-se a possíveis voluntarismos.

Em 2015, o Direito brasileiro deu mais um passo no que pertine à tentativa de contenção ao ativismo. Embora alguns instrumentos de restrição tenham sido gestados em nível constitucional, como a súmula vinculante (a exemplo dos antigos assentos portugueses, com força de Lei), surge o Código de Processo Civil, que

passa a dar maior destaque à jurisprudência, reconhecendo a importância da interpretação legal pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, indicando institutos para a sua uniformização, a exemplo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competências (IAC).

Os mecanismos de controle jurisdicional, somados à necessidade de fundamentação adequada, surgem com a finalidade de estancar decisões proferidas ao alvedrio político e ideológico do julgador. Porém, não se pode tolher o Poder Judiciário de exercer o seu papel de defensor e garantidor dos direitos fundamentais, pois é inevitável a judicialização das questões políticas e sociais. Mais uma vez há de se ponderar: o equilíbrio é uma das chaves do sistema jurídico para a resolução dos conflitos.

Afinal, longe de pensar em retorno a uma escola exegética do pensamento positivista, bem como ao jusnaturalismo, é necessário dar ao neoconstitucionalismo as balizas necessárias para que o Judiciário continue a prestar jurisdição adequadamente, com uma certa dose de coragem e responsabilidade na concretização de seu mister, quando o Poder Público, em sentido amplo, se omite, deliberadamente, em cumprir o seu papel.

Ademais, a atual pandemia, de certa maneira, não deixou de alcançar os valores jurídicos e os juízes, como representantes mais explícitos e de maior demanda da sociedade, símbolos desses novos tempos sombrios. Como discutir e qualificar o ativismo quando a população se vê indefesa frente a uma ameaça de tal tamanho? Há de se buscar apoio na ponderação de interesses, na busca de soluções que visem atacar esse inimigo externo. Apesar de estarmos vivendo tempos difíceis nos quais estamos com pés e mãos atados, é-nos exigido agir segundo os princípios vigentes, pois a solução do problema não pode esperar.

Os problemas recorrentes da sociedade reclamam por soluções e não serão definições pré-concebidas que dirão o caminho a ser trilhado. O ideal de liberdade floresce quando há respeito, não só às diferenças de posturas, mas também às divergências de pensamento. Há que haver uma Justiça Maior, e uma justiça célere, sob pena de estarmos frente a uma injustiça qualificada.

Considerando esse cenário, um dos campos em que o fenômeno do ativismo ganha amplo debate é a seara probatória. A atitude proativa do Juiz,

quando da aquisição e apreciação da prova, por vezes, enseja uma conduta ativista negativista do magistrado.

Diante do cenário processual civil atual, faz-se possível o estudo a partir dos eixos da aquisição da prova, da repartição de seu ônus e sua valoração. Mais uma vez, o método comparativo possui pertinência à temática desenvolvida do ativismo.

A prova, enquanto elemento processual importante para o esclarecimento dos fatos, possui a finalidade de estabelecer a verdade possível, a fim de conduzir ao convencimento do Juiz.

No Brasil, a atuação oficiosa, mais efetiva do julgador na fase da aquisição processual da prova, é adotada por grande parte da doutrina que defende que o Juiz não deve ser um mero observador estático do que se está desenvolvendo no curso da lide, sob pena de violação do devido processo legal substancial.

Embora a iniciativa quanto à produção das provas seja conferida, precipuamente, às partes que possuem a liberdade para a prática do ato processual, em seu próprio interesse (modelo dispositivo), observando as fases elencadas pela legislação para tanto (fase da proposição), quando o Juiz entende ser necessária, útil e cabível determinada prova não proposta por algumas das partes, é possível a sua ordenação oficiosa (art. 332 do CPC brasileiro) a fim de ampliação do debate nos autos (escopo publicista do processo), desde que não revele imediata quebra da imparcialidade e violação ao princípio da isonomia.

Sob este aspecto, há de se afirmar que inexistente um poder discricionário absoluto do Juiz na seara probatória, e, embora o artigo 370 do Código de Processo Civil brasileiro exponha que é dever do Juiz velar pela produção de provas imprescindíveis para a resolução do conflito, sua iniciativa deve ser realizada comedidamente, ou seja, de forma moderada.

Em Portugal, o magistrado possui iniciativa probatória genérica, na forma do art. 265, n. 3, do CPC; no entanto, há limitações que devem ser consideradas, tais como: a inadmissibilidade de meios de prova proibidas; a necessidade de compatibilização com os ônus impostos às partes (até porque o poder instrutório é limitado aos fatos lícitos a serem conhecidos que são definidos pelas próprias partes); a escolha do momento adequado para intervir; a harmonização com as regras de preclusão e a sujeição ao contraditório. Até mesmo em relação à apreciação das provas (art. 655 do CPC), o Juiz é limitado pelo disciplinado na Lei (há provas que têm valor “tabelado”).

A doutrina portuguesa, quanto aos poderes instrutórios, aponta riscos de lesão da imparcialidade do juiz na publicização de litígios que são primordialmente de natureza privada, restringindo a disponibilidade sobre os direitos materiais, devido à sua possível interferência no caso concreto.

Quanto ao ônus probatório, o Brasil estabelece tanto normas de distribuição estática e dinâmica. Antes mesmo do Código processual de 2015 era possível extrair de outras legislações, como o Código de Defesa do Consumidor, abrandamentos à regra estática de distribuição do referido ônus.

A distribuição dinâmica, no direito brasileiro, se revela como consectária do modelo cooperativo e colaborativo de processo adotado, pois não se defende mais o papel secundário do Juiz diante das partes, conforme o exposto nos parágrafos terceiro e quarto do artigo 373 do Código de Processo Civil brasileiro. Outrossim, são verificadas as condições econômicas e técnicas dos interessados, a fim de distribuir de forma equânime o ônus da prova.

No direito processual civil português, uma das questões que comportam divergência é se os poderes instrutórios conferidos ao juiz chegam ao ponto de interferir quanto à distribuição do ônus da prova entre as partes. A dúvida não se refere às hipóteses legalmente estabelecidas (como as dispostas no art. 344.º e 345.º do Código Civil Português), mas à margem deixada ao magistrado para, diante das circunstâncias do caso concreto, alterar as regras de repartição do ônus.

A conjugação da ideia de envolvimento entre as partes e o Juiz, na busca da real configuração da situação material que deu ensejo ao litígio, à circunstância em que as insuficiências probatórias vão sendo supridas ao longo da causa, mediante o exercício excepcional dos poderes inquisitórios do magistrado (art. 411.º do CPC), permitem afirmar que, mesmo que a parte interessada na comprovação de um fato, por inércia, não o prove, isso não implica, necessariamente, que a sua pretensão seja indeferida, uma vez que este fato pode vir a ser comprovado pela referida atividade instrutória ou por outra parte ou mesmo pelo próprio Juiz.

A teoria dinâmica deve ser analisada caso a caso e aplicada de forma residual e excepcional, uma vez que, por vezes, pode gerar um possível ativismo por parte do Juiz que, ao analisar a posição das partes, ingressa no próprio direito envolvido.

No campo da valoração da prova, o direito brasileiro, a partir do disposto no artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015, retirou uma das expressões mais

polêmicas que facilitava um possível ativismo judicial: *livremente*. Ou seja, o Juiz não é livre para apreciar a prova como bem entender, de acordo com a sua íntima convicção.

Não obstante tal alteração legislativa, os Tribunais ainda se valem da referida expressão para a avaliação probatória, mas isso não significa, pelo que se observa dos diversos acórdãos, que conduza a um ativismo, mas à demonstração da resistência de alguns magistrados em acolher a legislação que se mostra pioneira.

O sistema lusitano, nesta seara, é misto, embora o artigo 607.º, n. 5, ainda mencione que o juiz aprecia livremente as provas, segundo sua prudente convicção acerca de cada fato. O modelo português relativo à valoração racional disciplina que o magistrado deve considerar o regime próprio fixado em lei, inexistindo discricionariedade ilimitada e liberdade ampla. A possibilidade da prática do ativismo é diminuta, em face das limitações impostas pela legislação, como exemplo dos artigos 358.º, 389.º, 391.º e 396.º do Código Civil Português, embora o Código processual confira ao Juiz o dever de gestão processual (artigo 6.º, 547.º, 590.º, n. 3).

Pondere-se, ainda, no que pertine à valoração das provas, que a atividade judicial igualmente é limitada pela obrigatoriedade de fundamentação das decisões (artigo 607.º, números 3 e 4, do Código de Processo Civil português), pois valorar significa prestar os devidos esclarecimentos quanto ao uso das informações que advieram da instrução processual, por meio da análise das questões postas sob julgamento.

O ativismo, tanto no direito português como no brasileiro, pode ser observado quando um juiz, ao apreciar o constante do processo a ele atribuído, confere às provas significado singular, particularizando, segundo seus conceitos próprios ou de consciência, sem a devida imparcialidade que lhe é exigida.

Tal comportamento deve ser passível não só de críticas, mas também de arguição, pela parte prejudicada, de eventual impedimento ou suspeição, em conformidade com o estatuído em ambos os ordenamentos, brasileiro e português.

De forma geral e também na seara probatória, é possível concluir que um ativismo controlado e consubstanciado em pilares que tenham por base os direitos subjetivos fundamentais à igualdade, pode vir a funcionar como a consequência da evolução não só do direito, mas da sociedade como um todo.

O direito é uma ciência empírica, investigativa, não possuindo respostas exatas. Em países como o Brasil, que vive períodos turbulentos de ordem social e econômica, há quem considere o Tribunal Constitucional, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, como exemplo de um dos mais ativistas no mundo ocidental, porém isto se deve a uma crise séria de valores por que passa a Nação brasileira, com o descrédito dos poderes legislativo e executivo, alvos de diversas investigações de natureza extremamente grave, envolvendo membros de grande relevância no cenário político, muitos, inclusive, já devidamente condenados na esfera penal.

Sob esse prisma, as medidas positivas que o referido Tribunal almeja restabelecer são extremamente salutares, sob pena de estarmos atrelados a uma menos valia entre os Poderes e, conseqüentemente, a um enfraquecimento de nossas crenças e confiança numa Constituição, ou seja, uma carta magna que estabeleça a regra básica de convivência entre os indivíduos.

Não há como estabelecermos um maniqueísmo sectário e entender que o bem está do lado externo ou está de um lado em oposição ao mal. A direita e a esquerda são complementares. O certo e o errado dependem de como nos posicionamos frente aos desafios, sem superficialismos.

Com isso, a investigação dogmática das raízes do ativismo judicial no cenário brasileiro e português, aliada aos pressupostos metodológicos do processo em ambos os sistemas, constitui passo fundamental para a busca do delicado equilíbrio entre a segurança e a justiça. Se o ativismo pode servir como instrumento de promoção desta última, sintonizando-se, dessa forma, com a própria ideia de Estado de Direito, imprescindível se mostra a delimitação de seus efeitos, a fim de se proteger igualmente a primeira.

O balizamento do ativismo serve, nesse contexto, para evitar que a insegurança comprometa a relação entre Estado e cidadão e se torne, como na imagem mitológica, a espada de Dâmocles sobre os jurisdicionados. O verdadeiro Estado de Direito deve se mostrar não apenas justo, mas também seguro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 640-641, Jan. 2000. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal: Gilmar Ferreira Mendes.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei nº 13.655/18**: proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Princípio da Legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo – Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 53, p. 37-60, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 10, n. 41, p. 284-310, out./dez. 2002.

ARAÚJO, Luis Claudio Martins de; MORAES, Guilherme Braga Peña de. Contramajoritarismo dialógico-argumentativo e legitimação das expectativas institucionais: o papel estabilizador das cortes nas sociedades complexas. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 923-943, 2018.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 19 abr. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARNABÉ, Augusto Ngongo. **Direito probatório**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 101. Disponível em:

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35121/1/Direito%20probatorio.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** – UniCEUB, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial – Direito e política no Brasil contemporâneo. **Atualidades Jurídicas**: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 875-903.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BELEZA, Maria dos Prazeres. Atualidades em Direito probatório: o activismo judicial em matéria probatória e teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. **Curso Luso-Brasileiro de Direito Processual**: O Futuro do Processo Civil no Brasil e em Portugal. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 29 jun. 2012. (Notas de intervenção oral).

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the supreme court at the bar of politics. 2nd ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven; London: Yale University Press, 1986.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. As “ideologias da interpretação” e o ativismo judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democrático e da separação de poderes. *In*: MARGRAF, Alencar Frederico; LAZARI, Rafael de. **Hermenêutica Constitucional**: desafios para uma interpretação efetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 99-122.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Curso de Direito Constitucional**. t. 2, v. 2. Coimbra: Coimbra, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilado por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 228.432/RS**. Origem: RS 2000/0049237-0. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 1º fev. 2002. Órgão Julgador: Corte Especial. Publicação: DJ, 18 mar. 2002.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 17 mar. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: DOU, Seção 1, Suplemento, 17 jan. 1973.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: DOU, 12 set. 1990, Edição extra e retificado em 10 jan. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.738.015/SP**. Julgamento: Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 12 fev. 2019. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe, 15 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.818.766/AM**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em: 20 ago. 2019. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 18 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.837.445/SP**. Julgamento: Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 22 out. 2019. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe, 28 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 5 maio 2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 05 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 08 jun. 2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29 maio 2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 5 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 9 ago. 2016. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação da Ata: DJe, 18 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 17 set. 2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 19 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 25 out. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 206; RTJ, v. 207-02, p. 471.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 721/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 30 ago. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: DJe, 152, 30 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29 abr. 2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJU, 4 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgamento: 9 set. 2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 14 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n. 3.690/CE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 20 abr. 2009. Órgão Julgador: Presidência. Publicação: DJe, 28 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0062689-85.2017.8.19.0000**. Relator designado: Desembargador Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. Julgamento: 30 ago. 2018. Órgão Julgador: Seção Cível.

BRASIL. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. **Incidente de Assunção de Competência processo n. 0021691-75.2017.8.19.0000**. Relator designado: Elton Martinez Carvalho Leme. Julgamento: 08 mar. 2018. Órgão Julgador: Seção Cível.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. A insuficiência do positivismo, os entimemas jurídicos e a incerteza do pós-positivismo. In: LUIS, Ciarlini, Álvaro (org.). **Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania**. v. 1. Brasília: IDP, 2012. p. 40-51.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017 (*e-book*).

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 60, p. 59-117, abr./jun. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELO, Maria José. Principais novidades sobre provas no novo Código de Processo Civil Português. *In*: SILVA, João Calvão; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvaldo Guimarães. **Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal**. São Paulo: Forense, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Direito probatório: o pêndulo entre a verdade e a prova**. Curitiba: Juruá, 2018.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Até onde vai o direito de punir? Notas sobre a descriminalização do porte e do plantio de drogas para consumo pessoal. *In*: SARAIVA, Renata; OSÓRIO, Aline; GOMES, Estêvão; PEPE, Rafael Gaia Edais (org.). **Ministro Luís Roberto Barroso: 5 anos de Supremo Tribunal Federal – homenagem de seus assessores**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 209-220.

CHAER, Márcio; CRISTO, Alessandro. Problemas estão nas ruas, não na Constituição. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 25 out. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-out-25/fimde-entrevista-jose-joaquim-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues>. Acesso em: 12 set. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COIMBRA, Francisco Jorge. **Juiz, prova e instrução processual**. Curitiba: Juruá, 2018.

DEMARCHI, Clovis. Direitos fundamentais, judicialização e ativismo judicial. *In*: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.). **Liber Amicorum Manuel Simas Santos**. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. p. 309-328.

DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil: em busca da verdade**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTEVES, João Lemos. Ronald Dworkin: a justiça constitucional como garante da democracia material. *In*: PITON, Andre Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa. **Liber Amicorum** – Manuel Simas Simão, Rei dos Livros, 2016. p. 699-718.

FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do Ónus da prova no Direito Civil Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2018.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Paris, 1789.

Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 15 set. 2019.

FRIEDMAN, Barry. The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part. V, **Yale Law Journal**, v. 112, n. 2, p. 153-259, 2002.

GARAU, Marília Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de POLÍTICAS públicas**, Uniceub, Brasília, v. 5, p. 191-206, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2018.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The “Charter” dialogue between Courts and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**: estudos da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum alegatta et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Direito Público na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, ed. especial, p. 13-41, out. 2018.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 239-298.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KIEFER, Sandra Filomena Wagner. A discricionariedade em Dworkin sob o prisma da hermenêutica crítica do Direito de Lenio Streck. *In*: LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin (orgs.). **Diálogos Sino-Luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 301-314.

KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional: limites à atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2015.

LACERDA, Luísa. Reserva de vagas para negros em concursos públicos: o potencial transformador das ações afirmativas. *In*: SARAIVA, Renata; OSÓRIO, Aline; GOMES, Estêvão; PEPE, Rafael Gaia Edais (org.). **Ministro Luís Roberto Barroso: 5 anos de Supremo Tribunal Federal** – homenagem de seus assessores. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 179-192.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é Uma Constituição?** Tradução: Walter Stöner. Versão para e-Book eBooksBrasil.com. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

LIMA, Márcia Rosa de. A judicialização do direito fundamental à saúde e dos demais direitos fundamentais do art. 6º e os princípios da prevenção e da precaução. *In*: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; BÜHRING, Marcia Andrea; JOBIM Marco Félix (org.). **Diálogos institucionais de Direito Público e Privado nº 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 163-177.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MARINONI, Luís Guilherme. **Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luís Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova LINDB e a incorporação da teoria dos precedentes administrativos ao país. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opiniao-lindb-teoria-precedentes-administrativo>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MELO JUNIOR, José Eustáquio de. **A repartição do ônus da prova no processo coletivo: controvérsias nos sistemas probatórios do Brasil e de Portugal**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

MIGALHAS. RE 635.659 – Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. **Coluna Migalhas Quentes**, Ribeirão Preto, 10 set. 2015, p. 15. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-04.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: infraconstitucionalidade e garantia da Constituição. t. 4, 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

MIRANDA, Jorge. Os grandes princípios constitucionais e a jurisprudência da crise em Portugal. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (ed.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!** Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 259-274.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. v. 1, 2. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os pensadores).

MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 267-285, jan./dez. 2011-2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67946/70554>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito Constitucional Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MOREIRA, Victoria. **NCPC**: os poderes do juiz no novo código de processo civil. Um contraponto entre a nova realidade brasileira e o direito já existente em Portugal. *Processualistas*. Rio de Janeiro, 2 maio 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/332549158/ncpc-os-poderes-do-juiz-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 31 out. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Direito judicial criativo: para uma teoria prática do Direito. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 54, p. 193-203, out. 2014.

PINHEIRO, Alexandre Souza. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Revista observatório da jurisdição constitucional**, Brasília: IDP, v. 7, n. 1, p. 168-189, jan./jun. 2014.

PORTUGAL. Ministério da Justiça - Gabinete do Ministro. **Decreto-Lei n.º 47344**. Lisboa: Diário do Governo, n. 274/1966, Série I, 25 nov. 1966.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Lei n.º 41/2013, de 26 de junho**. Código de Processo Civil. Lisboa, 26 jun. 2013.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n. 1731/16.9T8CSC.L1.S1**. 1ª Secção. Votação: Unanimidade. Decisão: Concedida a revista. Lisboa, 14 maio 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 413/2014**. Processo n. 14/14. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Lisboa: Diário da República n. 121/2014, Série I, 26 jun. 2014.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 862/2013**. Processo n. 1260/13. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Lisboa: Diário da República n. 4/2014, Série I de 2014 jan. 2007.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação n. 0035211**. JTRL 00042009. Relator: Adriano Moraes. Votação: Unanimidade. Decisão: Provido. Lisboa, 07 maio 2002.

PUBLICO.PT. **Estado paga hoje aos pais das vítimas do caso Aquaparque**. Lisboa; Porto, 29 jul. 2002. Disponível em: <https://www.publico.pt/2002/07/29/sociedade/noticia/estado-paga-hoje-aos-pais-das-vitimas-do-caso-aquaparque-166137>. Acesso em: 12 nov. 2019.

RAMOS, António José da Ascensão. Ativismo Judicial. **Verbo Jurídico**. Lisboa: Instituto Nacional da Propriedade Intelectual, nov. 2012. (Compilações Doutrinais). Disponível em: https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, José Luís Bonifácio. O sistema misto de valoração da prova. **O Direito**, Lisboa: Typografia Lisbonense, v. 146, n. 3, p. 555-582, 2014.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas *In*: DIDIER, Fredie (coord.). **Direito probatório**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 121-134.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. O dever de fundamentação analítica no novo CPC e a normatividade dos princípios. *In*: ALVIM, Teresa Arruda Alvim; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro** – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 21-36.

SANTOS, Hugo Luz dos. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?

Revista Eletrônica de Direito – RED, n. 1, p. 1-33, fev. 2015. Disponível em: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/8_668.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

SANTOS, Hugo Luz dos; WEI, Wang. Algumas notas de lre Condendo sobre a distribuição dinâmica do ónus no direito probatório material da região administrativa especial de Macau. **Revista Administração**, v. 30, n. 116, p. 203-233, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, n. 73, p. 1-18, Jan. 1947.

SILVA, Beclaute Oliveira. A prova: (in)subsistência dos modelos declaratório e constitutivo do fato. In: SILVA, João Calvão; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José, et.al (org.). **Processo civil comparado**: análise entre Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017. p. 1-28.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Políticas**, Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 8, n. 1, p. 590-622, 1º quadr. 2013. Disponível: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5514/2937>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da Lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 29 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 10 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas). **Lenio Streck**, Porto Alegre, 2 jun. 2011. Disponível em:

<http://leniostreck.blogspot.com/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

STRECK, Lênio. A questão interpretativa que permeia a relação entre texto e norma. *In*: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (ed.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!** Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 125-142.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pontes, 2014.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti giudice in Europa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano 6, v. 60, n. 2, p. 431-482, 2006.

TAVARES, Patrícia Leite. **Alcance e limites dos poderes instrutórios do juiz no Processo Civil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. **Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica**, v. 24, n. 1, p. 22-52, jan./abr. 2019.

Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3, 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VARELA, Antunes; BEZERRA, José Miguel; NORA, Sampaio. **Manual de processo civil**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1985.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VORONOFF, Alice. Ativismo judicial e democracia: reflexões em torno do mandado de injunção. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 29-49, 2011.